



Paula Sofia Couceiro de Almeida Távora Vítor

# Crédito compensatório e alimentos pós-divórcio: contributo para a compreensão de um sistema bimodal

Tese de Doutoramento em Direito (Pré-Bolonha), na especialidade de Ciências Jurídico-Civilísticas,  
orientada pelo Senhor Prof. Doutor Guilherme Freire Falcão de Oliveira  
e apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

Agosto de 2015

Paula Sofia Couceiro de Almeida Távora Vítor

# Crédito compensatório e alimentos pós-divórcio: contributo para a compreensão de um sistema bimodal

Tese de Doutoramento em Direito (Pré-Bolonha), na  
especialidade de Ciências Jurídico-Civilísticas, orientada  
pelo Senhor Prof. Doutor Guilherme Freire Falcão de  
Oliveira e apresentada na Faculdade de Direito da  
Universidade de Coimbra

Agosto de 2015



UNIVERSIDADE DE COIMBRA



Este estudo beneficiou de uma Bolsa de Doutoramento concedida pela Fundação para a Ciência e a Tecnologia financiada pelo Programa Operacional de Potencial Humano (POPH) do Quadro de Referência Estratégico Nacional (QREN Portugal 2007-2013) e por verbas do Orçamento de Estado do Ministério da Ciência, Tecnologia e Ensino Superior.





## SUMÁRIO

Lista de abreviaturas.....	xv
Resumo .....	xix
Abstract .....	xxiii
INTRODUÇÃO .....	1
1. Apresentação do problema.....	3
2. Justificação do interesse do estudo .....	5
3. Estrutura e plano da exposição.....	7
CAPÍTULO I PRESSUPOSTOS E NATUREZA .....	9
PARTE A CRÉDITO COMPENSATÓRIO .....	11
1. Pressupostos.....	13
1.1. Contribuição para os encargos da vida familiar .....	14
1.1.1. Contexto jurídico-familiar.....	14
1.1.2. Natureza das contribuições para os encargos da vida familiar.....	23
1.1.2.1. Gestão doméstica e cuidado dos filhos.....	24
1.1.2.2. Contribuições de natureza financeira.....	29
1.1.3. Objecto das contribuições para os encargos da vida familiar.....	35
1.1.3.1. Definição dos “encargos da vida familiar” .....	35
1.1.3.2. O caso particular das contribuições para o <i>medical school student</i> .....	48
1.1.4. Recorte subjectivo das contribuições para os encargos da vida familiar .....	50
1.1.4.1. Os cônjuges .....	50
1.1.4.2. Os filhos.....	51
i. Perspectiva descendente .....	51
ii. Perspectiva ascendente.....	62
1.1.4.3. Outros sujeitos .....	63
1.1.5. Contribuições para <i>além</i> dos encargos da vida familiar .....	65
1.1.5.1. Outras contribuições relevantes.....	66

1.1.5.2. Colaboração de um cônjuge na actividade profissional, comercial ou industrial .....	74
1.1.6. Contribuição consideravelmente superior .....	81
1.1.6.1. Critério de determinação da medida da contribuição.....	82
1.1.6.2. O acordo conjugal relativo à contribuição para os encargos da vida familiar .....	85
1.1.6.3. Possibilidade de afastamento da regra do artigo 1676.º, n.º 1 .....	94
1.1.6.4. Determinação do carácter “ <i>consideravelmente superior</i> ” em sede de crédito compensatório.....	97
i. Contribuições de natureza financeira.....	98
ii. Gestão doméstica e cuidado dos filhos. A avaliação do trabalho.....	100
iii. Colaboração de um cônjuge na actividade profissional, comercial ou industrial do outro .....	105
1.2. Renúncia de forma excessiva à satisfação dos seus interesses em favor da vida em comum.....	106
1.2.1. Natureza dos interesses a que se renunciou .....	106
1.2.2. Carácter excessivo da renúncia.....	108
1.3. Prejuízos patrimoniais importantes .....	110
1.3.1. Identificação dos “prejuízos” .....	110
1.3.1.1. Prejuízos causados pela dissolução do casamento .....	111
i. Referência “contratual” do casamento .....	111
ii. Danos causados pela dissolução do casamento. A solução do artigo 1792.º do CCiv.....	114
iii. O crédito compensatório e os danos causados pela dissolução do casamento .....	120
1.3.1.2. Prejuízos causados pelo casamento .....	124
i. Referência “relacional” do casamento .....	124
ii. Matriz referencial de responsabilidade .....	128
iii. Prejuízo compensável.....	133
a. Impacto da sobre-contribuição .....	133
b. A perda de chance .....	135
c. Lucro cessante e dano emergente.....	138
1.3.1.3. Restituição de benefícios.....	139
i. Perspectiva da “restituição” .....	140
ii. Objecto da restituição .....	141
iii. Natureza do mecanismo da restituição .....	143

a.	Mero reembolso das contribuições.....	143
b.	Matriz referencial do enriquecimento sem causa .....	145
b.1	Enriquecimento do cônjuge.....	146
b.2	Ausência de causa justificativa .....	148
b.3	À custa do outro cônjuge .....	150
c.	Teorias da <i>restitution</i> (ou teorias do ganho) .....	151
1.3.1.4.	Conclusão quanto à matriz referencial.....	155
1.3.2.	Carácter patrimonial dos prejuízos. Dimensão dos prejuízos.....	159
1.3.3.	A compensação por contribuição excessiva para os encargos da vida familiar da reforma de 1977 .....	164
PARTE B OBRIGAÇÃO DE ALIMENTOS .....		169
1.	Pressupostos do direito a alimentos.....	171
1.1.	Os pressupostos do direito a alimentos.....	171
1.1.1.	Relevância e irrelevância da culpa .....	172
1.1.1.1.	Culpa como pressuposto (secundário) do direito a alimentos .....	172
1.1.1.2.	Fim da relevância da culpa. O regime actual. ....	177
1.1.1.3.	O debate sobre o desaparecimento da culpa.....	178
1.1.1.4.	O pressuposto (secundário) da culpa e natureza indemnizatória dos alimentos 182	
1.1.1.5.	Relevância da conduta dos cônjuges. A cláusula de equidade do artigo 2016.º, n.º 3.....	186
1.2.	Necessidade do alimentando.....	192
1.2.1.	Princípio da auto-suficiência .....	192
1.2.1.1.	Concretização da auto-suficiência. Os meios do alimentado.....	195
1.2.1.2.	Crítica ao princípio da auto-suficiência .....	204
1.2.2.	Pressuposto da necessidade .....	208
1.2.2.1.	A necessidade como pressuposto (central) da obrigação de alimentos entre ex-cônjuges .....	209
1.2.2.2.	Perspectiva qualitativa e perspectiva quantitativa da necessidade.....	211
1.2.2.3.	Conceito de necessidade <i>relevante</i> .....	216
i.	Necessidade objectivamente determinada.....	216
ii.	Necessidade subjectivamente determinada.....	217
1.2.2.4.	Factores densificadores da necessidade <i>relevante</i> .....	219
i.	Factores densificadores da necessidade <i>relevante</i> . Análise .....	226
a.	Idade e estado de saúde .....	226



b.	Duração do casamento .....	228
c.	Colaboração prestada à economia do casal.....	230
d.	Cuidado a prestar aos filhos.....	232
e.	Cuidado a prestar a outras pessoas .....	244
f.	Outros factores. Qualificações profissionais e possibilidades de emprego. Rendimentos e proventos.....	246
g.	Outros factores. Novo casamento ou união de facto.....	247
1.2.3.	Determinação do nível de necessidade relevante. Posição adoptada..... .....	248
1.2.4.	Medida da necessidade relevante .....	251
1.2.4.1.	O padrão de vida do casamento .....	252
1.2.4.2.	Padrões do nível de vida do casamento plus. Modelos do <i>income sharing</i> .....	257
1.2.4.3.	Padrão minimalista .....	261
1.2.4.4.	Padrão médio.....	263
1.2.4.5.	Posição adoptada. Concretização. ....	264
1.3.	Possibilidades do obrigado.....	265
1.3.1.	Recursos do alimentante .....	265
1.3.2.	Despesas do alimentante .....	270
1.3.2.1.	Necessidades próprias .....	270
1.3.2.2.	Obrigações face a terceiros.....	272
PARTE C NATUREZA E FUNDAMENTO .....		277
1.	O crédito compensatório.....	279
1.1.	O crédito compensatório entre as figuras congéneres.....	279
1.2.	A responsabilidade – mecanismo e fundamento do crédito compensatório.....	281
2.	Obrigações de alimentos .....	285
2.1.	Tipologia de modelos alimentares .....	285
2.2.	A construção actual e o abandono do modelo alimentar com notas indemnizatórias.....	285
2.3.	Alimentos pós-divórcio: pós-efeitos da relação matrimonial? .....	289
2.4.	A solidariedade como fundamento dos alimentos pós-divórcio.....	292
2.5.	A responsabilidade e a sua bifurcação no regime dos alimentos pós- conjugais .....	295

2.5.1. Princípio da auto-suficiência e responsabilidade .....	295
2.6. Vertente compensatória da obrigação alimentícia e responsabilidade.....	297
.....	
2.7. Alimentos reabilitadores – entre a solidariedade e a responsabilidade .....	302
.....	
3. Obrigação de alimentos pós-conjugal e crédito compensatório – Articulação ...	304
.....	
CAPÍTULO II MONTANTE .....	311
PARTE A CRÉDITO COMPENSATÓRIO .....	313
1. Objecto da compensação.....	315
1.1. Perda da capacidade de ganho.....	316
1.2. Outros prejuízos profissionais.....	319
1.3. Prejuízos derivados da contribuição com bens e rendimento .....	320
1.4. Prejuízos derivados da contribuição realizada por um dos cônjuges directamente para a formação ou educação do outro cônjuge.....	321
1.5. Prejuízos “patrimoniais” indirectos.....	321
1.6. Dano futuro e perda de chance.....	322
2. Cálculo do crédito compensatório .....	323
2.1. Elementos de ponderação .....	324
2.1.1. Reequilíbrios ao nível da economia doméstica.....	324
2.1.2. Liberalidades.....	324
2.1.3. Compensação operada pelo regime de bens da comunhão de adquiridos. Regime de bens na partilha.....	326
2.1.4. Ausência de outros mecanismos de compensação. Os exemplos do <i>Versorgungsungleich</i> e da <i>indenità di fine rapporto</i> .....	329
2.1.5. Ausência de compensação no regime da separação de bens .....	332
2.1.6. Culpa e conduta dos cônjuges .....	333
2.1.7. Duração do casamento e coabitação pré-matrimonial .....	333
2.1.8. Nível de vida do casamento.....	337
2.1.9. Recursos dos cônjuges .....	338
2.2. Métodos de cálculo .....	339
2.2.1. O método do percurso hipotético – crítica e alternativa ( <i>proxy measure</i> ).....	340

2.2.2. Métodos de cálculo dos <i>compensatory payments</i> do ALI .....	343
2.2.3. Regras de cálculo do artigo 232-6 do Código Civil da Catalunha.....	347
2.2.4. Métodos de cálculo da <i>prestation compensatoire</i> .....	348
2.2.5. <i>Duxbury calculations</i> .....	351
2.2.6. Linhas decisórias propostas.....	351
PARTE B OBRIGAÇÃO DE ALIMENTOS .....	357
1. Factores de ponderação na determinação do montante da obrigação de alimentos.....	359
1.1. Factores exteriores ao elenco legal.....	360
1.1.1. (Ir)relevância do género.....	360
1.1.2. (Ir)relevância da culpa e de comportamentos repreensíveis do requerente.....	361
1.2. Factores do elenco legal.....	363
1.2.1. Duração do casamento .....	363
1.2.2. Colaboração prestada à economia do casal .....	363
1.2.3. Idade avançada e estado de saúde.....	366
1.2.4. Qualificações profissionais e possibilidades de emprego.....	367
1.2.5. Cuidado de filhos comuns.....	368
1.2.6. Novo casamento ou união de facto.....	370
1.2.7. Rendimentos e proventos .....	371
2. Métodos de fixação do montante.....	371
2.1. <i>Trema Normen</i> neerlandesas .....	372
2.2. <i>Bausteinmodell</i> (Dethloff, Gutdeutsch e Kremer) .....	373
2.3. <i>Advisory Guidelines</i> (Rogerson e Thompson).....	376
2.4. Linhas decisórias propostas .....	379
CAPÍTULO III SUJEITOS .....	383
PARTE A CRÉDITO COMPENSATÓRIO.....	385
1. O cônjuge divorciado e a sua posição como sujeito do crédito compensatório..	387
1.1. Cônjuges divorciados como sujeitos. Situações equiparáveis ao divórcio...	387

1.2. Exclusão do crédito compensatório no caso de dissolução do casamento por morte.....	389
2. Recorte subjectivo do crédito compensatório.....	391
3. Determinação dos sujeitos e relevância do factor género.....	395
PARTE B OBRIGAÇÃO DE ALIMENTOS.....	399
1. O cônjuge divorciado e a sua posição como sujeito da relação alimentar.....	401
2. O direito a alimentos pós-conjugal fora do divórcio.....	407
3. Pluralidade subjectiva no âmbito alimentar.....	409
3.1. Pluralidade de pessoas com direito a alimentos.....	409
3.2. Pluralidade de pessoas com obrigação de prestar alimentos.....	412
CAPÍTULO IV DETERMINAÇÃO.....	417
PARTE A CRÉDITO COMPENSATÓRIO.....	419
1. O crédito compensatório como efeito do divórcio.....	421
2. Alcance da referência legal à partilha.....	423
3. Determinação do crédito compensatório nos regimes de comunhão.....	425
3.1. O crédito compensatório no contexto da partilha.....	425
3.2. Inserção do crédito compensatório nas operações da partilha – as compensações.....	428
3.3. Inserção do crédito compensatório nas operações da partilha – os créditos entre cônjuges.....	431
3.4. Regime particular do crédito compensatório. Exigibilidade. Bens que respondem.....	432
3.5. Pagamento por um dos cônjuges de dívidas contraídas para acorrer aos encargos da vida familiar.....	434
3.6. Determinação do crédito compensatório nos acordos sobre a partilha.....	436
3.7. Determinação do crédito compensatório no processo de inventário. Apreciação crítica da competência do notário e competência do juiz.....	439
4. Bifurcação processual da determinação do crédito compensatório.....	448
5. Determinação do crédito compensatório no regime de separação de bens.....	448
5.1. Enquadramento processual da determinação do crédito compensatório no regime de separação de bens.....	449

5.2. Adequação do processo judicial à determinação do crédito compensatório no regime de separação de bens.....	450
5.3. Determinação pelos cônjuges do direito ao crédito compensatório – extensão e limites.....	451
<b>PARTE B OBRIGAÇÃO DE ALIMENTOS .....</b>	<b>457</b>
1. Determinação dos alimentos no divórcio por mútuo consentimento.....	459
1.1. Divórcio por mútuo consentimento administrativo .....	459
1.2. Divórcio por mútuo consentimento judicial.....	461
2. Determinação dos alimentos no divórcio sem consentimento de um dos cônjuges .....	464
2.1. Pedido de alimentos provisórios.....	465
2.2. Algumas questões relativas à instrução .....	467
3. Determinação dos alimentos por acordo .....	470
3.1. Acordo e disponibilidade dos interesses em causa .....	470
3.2. Controlo do acordo .....	475
<b>CAPÍTULO V MODALIDADES DE CUMPRIMENTO.....</b>	<b>479</b>
<b>PARTE A CRÉDITO COMPENSATÓRIO.....</b>	<b>481</b>
1. Modalidades de cumprimento quanto à periodicidade.....	483
2. Modalidades de cumprimento quanto ao objecto .....	485
<b>PARTE B OBRIGAÇÃO DE ALIMENTOS .....</b>	<b>489</b>
1. Modalidades de cumprimento quanto à periodicidade.....	491
1.1. A regra da renda periódica. A admissibilidade de excepções. ....	491
1.2. O pagamento de montante único .....	492
2. Modalidades de cumprimento quanto ao objecto .....	494
2.1. A regra da prestação pecuniária. A admissibilidade de excepções.....	494
2.2. A excepção da prestação de alimentos em casa e companhia do devedor .. .....	495
3. Decisão pelas excepções.....	497

CAPÍTULO VI ALTERAÇÃO E CESSAÇÃO .....	499
PARTE A CRÉDITO COMPENSATÓRIO.....	501
1. Alteração e cessação – breve nota .....	503
PARTE B OBRIGAÇÃO DE ALIMENTOS.....	507
1. A alteração e a cessação da prestação alimentícia e a natureza da obrigação de alimentos.....	509
2. A “alteração das circunstâncias” como móbil da modificação ou cessação da prestação alimentícia.....	512
3. Alteração dos alimentos.....	513
3.1. A alteração dos alimentos e as circunstâncias que o justificam .....	513
3.2. A redução em particular .....	519
3.3. O aumento em particular .....	523
4. Cessação.....	525
4.1. Causas de cessação do regime geral dos alimentos .....	527
4.1.1. Morte do obrigado .....	527
4.1.2. Morte do alimentado.....	534
4.1.3. Carência de recursos do obrigado ou cessação da necessidade do alimentado.....	535
4.1.4. Violação grave dos deveres para com o obrigado.....	536
4.2. Causas de cessação específicas do regime dos alimentos entre ex-cônjuges.....	538
4.2.1. Novo casamento do alimentado .....	538
4.2.2. União de facto do alimentado.....	543
4.2.3. Comportamento moral que o torne indigno do benefício .....	547
4.3. O renascimento do direito a alimentos .....	552
4.4. Admissibilidade de limites temporais .....	553
CONCLUSÃO.....	561
BIBLIOGRAFIA .....	567



## LISTA DE ABREVIATURAS

AA. VV. – Autores Vários

Ac. – Acórdão

ALI – American Law Institute

APMJ – Associação Portuguesa de Mulheres Juristas

BFDUC – Boletim da Faculdade de Direito

BGB – Bürgerliches Gesetzbuch

BGH – Bundesgerichtshof

BMJ – Boletim do Ministério da Justiça

BVerfG – Bundesverfassungsgericht

BYU L. Rev. – Brigham Young University Law Review

Cap. – capítulo

CCiv – Código Civil

CEFL – Commission on European Family Law

CEJ – Centro de Estudos Judiciários

CJ – Colectânea de Jurisprudência

Colum. L. Rev. – Columbia Law Review

CPCiv – Código de Processo Civil

CRP – Constituição da República Portuguesa

EheG – Ehegesetz

Fam. L. Q. – Family Law Quarterly



FamRB – Familienrechtsberater

FamRz – Zeitschrift für das gesamte Familienrecht mit Betreuungsrecht, Erbrecht, Verfahrensrecht, Öffentlichem Recht. Gesamtschriftleitung

FPR – Familie Partnerschaft Recht

Geo. L. J. – The Georgetown Law Journal

Harv. L. Rev. – Harvard Law Review

J. Legal Stud. – The Journal of Legal Studies

Kan. L. Rev. – Kansas Law Review

LOSJ – Lei da Organização do Sistema Judiciário

MCA – Matrimonial Causes Act

Mich. L. Rev. – Michigan Law Review

N. C. L. Rev. – North Carolina Law Review

NJW – Neue Juristische Wochenschrift

p. – página

pp. – páginas

STJ – Supremo Tribunal de Justiça

TC – Tribunal Constitucional

TRC – Tribunal da Relação de Coimbra

TRG – Tribunal da Relação de Guimarães

TRL – Tribunal da Relação de Lisboa

TRP – Tribunal da Relação do Porto

Tul. L. Rev. – Tulane Law Review

UMDA – Uniform Marriage and Divorce Act

Va. J. Soc. Pol'y & L. – Virginia Journal of Social Policy & the Law

Vand. L. Rev. – Vanderbilt Law Review

ZGB – Schweizerische Zivilgesetzbuch



## RESUMO

O presente estudo debruça-se sobre o crédito compensatório e os alimentos pós-divórcio e pretende constituir um contributo para a compreensão destas figuras, do seu fundamento, do seu regime e do seu posicionamento, enquanto dois pólos de um sistema de resposta às condições económicas adversas que surgem para um dos cônjuges associadas ao divórcio.

O interesse da investigação destas matérias prende-se com a necessidade de conceder um tratamento científico a um sistema que resultou, de forma inovadora, da reforma do regime jurídico do divórcio de 2008, informado pela nova lógica que esta imprimiu às consequências da dissolução do casamento. De facto, a Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro, determinou uma reestruturação do regime do divórcio, ao eliminar a violação culposa de deveres conjugais como fundamento da dissolução do casamento. Portanto, de um sistema de dois pilares – baseado na culpa e na ruptura do casamento – passámos para um sistema de base única – divórcio-ruptura.

Ora, esta alteração nos alicerces do divórcio implicou também a reestruturação das suas consequências, cujo anterior regime assentava em considerações de merecimento e desmerecimento decorrentes da declaração de culpa dos cônjuges no divórcio. No âmbito destas consequências, destaca-se a obrigação de alimentos entre ex-cônjuges.

A obrigação de alimentos na sequência do divórcio tem sido objecto de acesa controvérsia acerca dos seus fundamentos e, em última análise, da sua própria subsistência, desde há várias décadas, no plano internacional. Todavia, a Reforma de 2008 entendeu mantê-la no quadro das consequências do divórcio. Ao fazê-lo, não renunciou a este instrumento clássico; no entanto, tornou-se impossível entendê-lo nos mesmos termos. Na verdade, não só o seu regime positivado sofreu importantes alterações, que se prenderam em grande medida com a eliminação da declaração da culpa, como o entendimento do instituto pode ser alvo de novas leituras. Por um lado, temos hoje um regime que não abandonou a sua função alimentar, de resposta à necessidade de um cônjuge mais frágil do ponto de vista económico. Por outro lado, aquele é marcado por um acesso mais exigente, filtrado por exigências de auto-suficiência dos cônjuges. Há que compreender tais modificações no quadro de

um divórcio que se quer mais livre e face ao qual se torna cada vez mais difícil sustentar, com base apenas num critério de necessidade, uma obrigação assente numa relação extinta.

O apego à tradicional figura dos alimentos implicou que esta não fosse substituída pelos mecanismos de carácter *praeter* alimentar que vieram tomar o lugar dos alimentos pós-conjugais em sistemas da nossa órbita jurídica, de que são exemplo paradigmático as prestações compensatórias do modelo franco-espanhol. De facto, estes mecanismos de resposta às condições económicas adversas que surgem associadas ao divórcio para um dos cônjuges procuram um fundamento diferente da necessidade e assumem uma função diversa da alimentar. São instrumentos de natureza compensatória.

A falta de fervor iconoclasta do legislador de 2008 relativamente ao instituto dos alimentos e a recusa de alteração radical de paradigma não significaram, todavia, indiferença relativamente à necessidade de acolher figuras compensatórias como efeito do divórcio reconfigurado. De facto, a consciência de que, com a dissolução do casamento, se tornam visíveis assimetrias económicas entre os cônjuges, potenciadas pelo casamento, que não se traduzem forçosamente em situações de necessidade e que fornecem um fundamento diverso para reclamar prestações de diferente índole ao ex-cônjuge, motivou a criação da nova figura do crédito compensatório.

O crédito compensatório – que é um verdadeiro efeito do divórcio – aparece como um mecanismo enxertado na regulação do dever conjugal de contribuição para os encargos da vida familiar. Emerge do comportamento contributivo de um cônjuge, que extravasa de forma pronunciada a medida estabelecida pela lei e que, portanto, em virtude das renúncias efectuadas para levar a cabo tais contribuições, é causador de “prejuízos patrimoniais importantes” para o cônjuge prestador.

Deste modo, da nova configuração do regime do divórcio emergiu um sistema de dois pólos de mecanismos de resposta às condições económicas adversas que surgem associadas à dissolução do casamento. Mantém-se a figura tradicional dos alimentos pós-divórcio, apesar de ela própria ser objecto de novas leituras, e acrescenta-se um novo pólo, de contornos incertos e que não mereceu ainda tratamento aturado por parte das nossas doutrina e jurisprudência.

Para realizarmos a análise nos termos em que nos propusemos, dividiremos o nosso estudo em seis capítulos e, em cada capítulo, trataremos paralelamente dos mesmos aspectos relativamente às figuras do crédito compensatório e dos alimentos pós-divórcio. Assim, no primeiro capítulo, debruçar-nos-emos sobre os pressupostos das duas figuras e, a partir da individualização que fizemos destes, teremos a base para determinar o fundamento e a natureza dos mecanismos em causa. Iluminados por estas conclusões, efectuaremos a análise do regime das duas figuras nos capítulos seguintes. No capítulo segundo, estará em causa a determinação do montante de cada um destes instrumentos; no capítulo terceiro, trataremos da determinação dos seus sujeitos. O capítulo quarto debruçar-se-á sobre as matérias de cariz processual que dizem respeito à determinação de crédito compensatório e de alimentos pós-divórcio. No capítulo quinto, estarão em causa as modalidades de cumprimento destas figuras e, por fim, no capítulo sexto, trataremos das possibilidades de modificação de cessação do crédito compensatório e dos alimentos pós-divórcio.



## ABSTRACT

This study focuses on post-divorce compensatory payment and post-divorce maintenance. It intends to contribute to the understanding of these legal mechanisms, their grounds, their regime, as well as their positioning as two poles of a system that answers to post-divorce adverse economic conditions.

The interest of this research lies on the need to provide a scientific treatment to a system that resulted in an innovative way from the 2008 divorce reform, which introduced a new logic regarding marriage dissolution and its consequences. Indeed Act no. 61/2008, October 31st, led to the elimination of fault as grounds for divorce. Therefore, a two-pillar system – based on fault and irretrievable breakdown of marriage – became a single ground system – purely irretrievable breakdown of marriage.

The change concerning divorce grounds also led to restructuring its consequences. The previous regime was based on considerations of merit and demerit arising from the declaration of fault in the divorce procedure. One of these consequences was the maintenance obligation between former spouses.

Post-divorce maintenance has been a highly controversial issue for decades in the international ground. This controversy concerns not only its grounds but, ultimately, its own existence. However, the 2008 Reform kept it as a consequence of divorce. Even though it has chosen not to erase this classic instrument, it became impossible to understand it in the same terms. In fact, not only has its legal regime undergone important changes, since it has been affected by the no-fault paradigm, but the institute has to be understood in a different light. On the one hand, the regime has not abandoned its function to provide for the needs of the spouse. On the other hand, it is now more demanding as far as the self-sufficiency of the spouses is concerned. Such changes have to be understood in the context of the clean-break divorce goal, which makes it increasingly difficult to sustain a need-based obligation grounded on a past relationship.

The attachment to the traditional mechanism of maintenance meant that it has not been replaced by other schemes as has happened in similar legal contexts, such as in the Spanish-French compensatory model. In fact, these instruments react



towards divorce related to adverse economic conditions, cast aside need as their ground, and perform a different function from maintenance. These instruments have compensatory nature.

The lack of iconoclastic fervor of the 2008 Reform regarding maintenance between former spouses and its refusal to change the paradigm did not mean, however, it has disregarded the need to foresee compensatory instruments. In fact, the awareness that there are economic differences between spouses caused by marriage, that become visible because of divorce, does not necessarily translate into situations of need and that they provide grounds for different claims, has motivated the creation of the new compensatory payment.

The compensatory payment is seminally related to the marital duty to contribute to family expenses. It emerges from the excessive contributions of a spouse and that, because of the waivers made to carry out such contributions, has suffered "important economic losses".

Thus, the new divorce regime emerged as a two pole-system. The traditional mechanism of post-divorce maintenance remains, although reinterpreted, a new pole of uncertain contours that has been added that has not yet been thoroughly considered by legal literature and case law.

To accomplish the analysis in the terms that we set out, we shall divide our study into six chapters, and in each chapter, we will parallel the same aspects regarding compensatory payments and post-divorce maintenance. Thus, in the first chapter, we will dwell on their conditions, grounds and nature. Taking these findings into account, we will develop the analysis of the legal regime in the following chapters. The second chapter shall concern the amount of the payments; in the third chapter, we will address the determination of its subjects. The fourth chapter will look into procedural matters regarding the determination of compensatory payments and post-divorce maintenance. In the fifth chapter we will focus on the procedures for compliance and, finally, in the sixth chapter we shall deal with the alteration or termination rule regarding compensatory payments and post-divorce maintenance.

## INTRODUÇÃO



## 1. Apresentação do problema

O Direito da Família actual vive num esforço de permanente adaptação. É certo que, já desde o início do século XX, podemos assinalar um movimento persistente de modificação do quadro de valores familiares. No entanto, o Direito da Família mais recente é confrontado com uma veloz alteração de realidades e de valores, que por vezes se limita a reconhecer e por vezes se esforça por antecipar. O Direito, hoje norteadado pelo pluralismo jurídico, que caracteriza o influente quadro pós-modernista neste contexto, pretende dar resposta a esta realidade complexa<sup>1</sup>. Assim, e não obstante a intervenção do Direito na Família ser hoje objecto de contestação, em homenagem a um entendimento da família como *assunto meramente privado*<sup>2</sup>, certo é que o Direito da Família português tem sido objecto, nas últimas décadas e, em particular, nos últimos anos, de uma atenção particular por parte do legislador.

Em 2008, foi a vez de o regime do divórcio português assistir a alterações estruturais, pela acção da Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro. Viu abandonar aquilo que ainda restava de um modelo de direito da família punitivo neste campo, assente na avaliação das condutas dos cônjuges e na declaração de culpa, à qual associava as consequências do divórcio, e consolidar-se o modelo do divórcio-ruptura. Pretendeu introduzir-se um divórcio livre de peias – ainda que não livre de fundamento – que correspondesse a uma projecção idealizada da autonomia conjugal e da realização individual dos cônjuges.

Aderir completamente a este propósito significaria, num momento logicamente subsequente, criar todas as condições para um divórcio *limpo*, o corte total das relações entre os cônjuges, viabilizado por soluções, no plano das consequências, que dessem espaço imediato à independência futura. Todavia, o legislador de 2008 viu logo o seu *ideal* confrontado com a *realidade* das relações familiares e das situações individuais dos cônjuges e teve de o reconhecer. Bem se compreende que seja impossível (e indesejável) a imposição de noções idealizadas das relações familiares, ao arrepio da verdadeira forma como se realizam. Na verdade, do *normal caos do amor (e da família)*<sup>3</sup> decorre o *normal caos do direito da*

<sup>1</sup> Sobre as linhas pós-modernistas do Direito da Família, cf. Erik Jayme, *Pós-modernismo e Direito da Família*, 209-221.

<sup>2</sup> Notando esta tendência, cf. Rita Lobo Xavier, *Ensinar Direito da Família*, 66 e ss.

<sup>3</sup> Ulrich Beck; Elisabeth Beck-Gernsheim, *The Normal Chaos of Love*.

*família*<sup>4</sup>, nem por isso supérfluo ou inepto a exercer a sua função, mas confrontado com uma realidade de difícil apreensão, de contornos contraditórios, na qual o individual e o comunitário se encontram em permanente tensão e colaboração, onde coexiste uma grande exigência quanto ao que se espera das relações e a grande urgência em sair delas quando não o satisfaçam e se olha para a dimensão pessoal rejeitando implicações patrimoniais<sup>5</sup>, ignorando que tal significa o benefício de uns em detrimento dos outros.

Ora, a realidade do divórcio raramente é de recomeço sem passado. Não o é quando existam filhos do casal e não o é para os cônjuges, porque a relação conjugal deixa inevitavelmente marcas nas vidas que ligou. Assim, e no que aqui particularmente nos ocupa, o legislador do *clean break* teve de se tornar simultaneamente no legislador do reconhecimento das situações de carência económica e de desigualdade que o casamento potenciou ou que o divórcio consolidou. Na verdade, a opção de operar um corte radical com a anterior realidade conjugal comportaria dois importantes significados. Por um lado, conduziria a ignorar noções que ainda persistem de solidariedade familiar, para, muitas vezes, abandonar a resposta à carência económica às forças de uma solidariedade social contida. Por outro lado, importaria desconsiderar as desigualdades de facto criadas pelo projecto comum do casamento (que, por vezes, se reflectem no período pós-matrimonial com o cuidado dos filhos) e aceitar como normal ou incontestável que um cônjuge saísse beneficiado da relação conjugal, enquanto o outro sofreria as consequências das escolhas realizadas, sem que o direito interviesse.

Os dois problemas identificados recebem, em diferentes ordenamentos jurídicos, respostas de vários institutos que, de forma autónoma ou de modo subordinado, criam paliativos para as condições económicas adversas que surgem associadas à dissolução do casamento. São contemplados, ainda que *a latere*, pelo funcionamento das regras dos regimes de bens em caso de partilha, beneficiam de regras de compensação de pensões e são visados directamente por figuras alimentares e por mecanismos compensatórios de diversa índole.

---

<sup>4</sup> É a expressão de Dewar (John Dewar, *The Normal Chaos of Family Law*, 467 a 485), que recebeu resposta de Henaghan (Mark Henaghan, *The Normal Order of Family Law*, 165 a 182).

<sup>5</sup> Guilherme de Oliveira sintetiza estas linhas de força, que resultam dos estudos de Beck, Giddens e Donati, com pano de fundo das transformações do Direito da Família. Guilherme de Oliveira, *Transformações do Direito da Família*, 764.

O nosso estudo debruça-se sobre as figuras que, no ordenamento jurídico português, têm como *propósito central* responder àquelas situações de desfavor que o divórcio tornou visíveis – o crédito compensatório e os alimentos pós-divórcio. Pretende constituir um contributo para a compreensão destes institutos, do seu fundamento, do seu regime e do seu posicionamento, enquanto dois pólos de um sistema de resposta às condições económicas adversas que surgem para um dos cônjuges associadas à dissolução do casamento.

## **2. Justificação do interesse do estudo**

O interesse da investigação destas matérias prende-se com a necessidade de conceder um tratamento científico a um sistema que resultou, de forma inovadora, da reforma do regime jurídico do divórcio de 2008, informado pela nova lógica que esta imprimiu às consequências da dissolução do casamento. De facto, a Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro, determinou uma reestruturação do regime do divórcio ao eliminar a violação culposa de deveres conjugais como fundamento da dissolução do casamento. Portanto, de um sistema de dois pilares – baseado na culpa e na ruptura do casamento – passámos para um sistema de base única – divórcio-ruptura.

A obrigação de alimentos na sequência do divórcio tem sido objecto de acesa controvérsia acerca dos seus fundamentos e, em última análise, da sua própria subsistência, desde há várias décadas, no plano internacional. Todavia, a Reforma de 2008 entendeu mantê-la no quadro das consequências do divórcio. Ao fazê-lo, não renunciou a este instrumento clássico; no entanto, tornou-se impossível entendê-lo nos mesmos termos. Na verdade, não só o seu regime positivado sofreu importantes alterações, que se prenderam em parte com a eliminação da declaração da culpa, como o entendimento do instituto e de normas já anteriormente positivadas pode ser alvo de novas leituras. Por um lado, temos hoje um regime que não abandonou a sua função alimentar, de resposta à necessidade de um cônjuge mais frágil do ponto de vista económico. Por outro lado, aquele é marcado por um acesso mais exigente, filtrado pela reclamação de auto-suficiência dos cônjuges. Há que compreender tais modificações no quadro de um divórcio que se quer mais livre e face ao qual se torna cada vez mais difícil sustentar, com base apenas num critério de necessidade, uma obrigação assente numa relação extinta.

O apego à tradicional figura dos alimentos implicou que esta não fosse substituída pelos mecanismos de carácter *praeter* alimentar que vieram tomar o lugar dos alimentos pós-conjugais em sistemas da nossa órbita jurídica, de que são exemplo paradigmático as prestações compensatórias do modelo franco-espanhol. De facto, estes mecanismos de resposta às condições económicas adversas que surgem associadas ao divórcio para um dos cônjuges procuram um fundamento diferente da necessidade e pretendem assumir uma função diversa da alimentar. São instrumentos de natureza compensatória.

A recusa de alteração radical de paradigma do ponto de vista dos alimentos pós-divórcio não significou, todavia, indiferença relativamente à necessidade de acolher figuras compensatórias como efeito do divórcio reconfigurado. De facto, a consciência de que, com a dissolução do casamento, se tornam visíveis assimetrias económicas entre os cônjuges, potenciadas pelo casamento, que não se traduzem forçosamente em situações de necessidade e que fornecem um fundamento diverso para reclamar prestações de diferente índole ao ex-cônjuge, motivou a criação da nova figura do crédito compensatório.

O crédito compensatório aparece como um mecanismo enxertado na regulação do dever conjugal de contribuição para os encargos da vida familiar. Emerge do comportamento contributivo de um cônjuge, que extravasa de forma pronunciada a medida estabelecida pela lei e que, portanto, em virtude das renúncias efectuadas para levar a cabo tais contribuições, é causador de “prejuízos patrimoniais importantes” para o cônjuge prestador.

Deste modo, da nova configuração do regime do divórcio emergiu um sistema de dois pólos de mecanismos de resposta às condições económicas adversas que surgem associadas à dissolução do casamento. Mantém-se a figura tradicional dos alimentos pós-divórcio, apesar de ela própria ser objecto de novas leituras, e acrescenta-se um novo pólo, de contornos incertos e que não mereceu ainda tratamento aturado por parte da nossa doutrina e da nossa jurisprudência.

O objecto do nosso estudo são estas duas figuras e a forma como constroem este sistema. Não nos debruçaremos sobre outras questões, de inegável importância prática, que dizem respeito à execução das obrigações em causa e à garantia do seu cumprimento<sup>6</sup>. O foco da nossa atenção encontra-se antes e depois desse momento.

---

<sup>6</sup> Veja-se, a propósito desta matéria, o estudo de J. P. Remédio Marques, *Aspectos sobre o cumprimento*, 613 a 709, que se debruça em particular sobre os alimentos devidos a menores.

Procuraremos ao invés perceber como e porque emergem, como se objectivam e como e porque cessam. A vida que adquirem fora dos quadros do seu nascimento e do seu desaparecimento (ou reconfiguração) extravasa o nosso estudo.

### 3. Estrutura e plano da exposição

O nosso percurso de investigação é iluminado pela necessidade de dar resposta a algumas questões: i) qual o propósito das transferências financeiras entre ex-cônjuges?; ii) onde podemos fundá-las e justificá-las à luz da recompreensão do divórcio e das suas consequências?; iii) como articulamos as figuras acolhidas pelo nosso ordenamento jurídico?; e iv) como podemos entender os seus regimes positivados à luz das conclusões a que chegarmos nos momentos anteriores?

Para levarmos a cabo o nosso propósito de esclarecer as questões que destacámos, adoptaremos uma perspectiva estritamente jurídica. Assim, as referências aos dados das ciências sociais ou à análise económica do direito não terão a pretensão de ser objecto de um tratamento autónomo pela nossa parte e apresentam-se antes como *apports* que nos auxiliarão a sedimentar a nossa reflexão enquanto juristas. O nosso ponto de partida é o regime positivado, do qual descolaremos para o compreender do ponto de vista da construção sistemática do Direito da Família e do regime do divórcio em particular, à luz das opções valorativas que lhe estão subjacentes.

Optámos por uma estrutura de apresentação que permite dois cortes – um horizontal e outro vertical. Na verdade, isolaremos vários aspectos em que se decompõem o crédito compensatório e os alimentos pós-divórcio e os seus regimes e tratá-los-emos em paralelo em ambas as figuras. Assim, cada capítulo será constituído por uma parte A., respeitante ao crédito compensatório, e por uma parte B., que versa sobre a obrigação de alimentos pós-divórcio. Tal permite uma leitura sincrónica dos institutos e comparar as exigências da lei e as implicações em termos de regime de um e de outro no mesmo plano, *em bloco*. Para além disso, esta estrutura permite um *corte vertical*, que viabiliza um caminho em que cada instituto assume autonomia, tornando possível percorrer os seus vários momentos jurídicos relevantes, capítulo a capítulo, *em linha*.



Para realizarmos a análise nos termos em que nos propusemos, dividiremos o nosso estudo em seis capítulos e, em cada um, trataremos dos mesmos aspectos relativamente às figuras do crédito compensatório e dos alimentos pós-divórcio. Assim, no primeiro capítulo, debruçar-nos-emos sobre os pressupostos das duas figuras e, a partir da individualização que fizemos destes, teremos a base para determinar o fundamento e a natureza dos mecanismos em causa. Guiados por estas conclusões, realizaremos a análise do regime das duas figuras nos capítulos seguintes. No capítulo segundo, estará em causa a determinação do montante de cada um destes instrumentos e, no capítulo terceiro, trataremos da determinação dos seus sujeitos. O capítulo quarto debruçar-se-á sobre as matérias de cariz processual que dizem respeito à determinação de crédito compensatório e de alimentos pós-divórcio. No capítulo quinto, estarão em causa as modalidades de cumprimento destas figuras e, por fim, no capítulo sexto, trataremos das possibilidades de modificação de cessação do crédito compensatório e dos alimentos pós-divórcio.

CAPÍTULO I

# Pressupostos e natureza



PARTE A

# Crédito Compensatório



## 1. Pressupostos

Os pressupostos de um instituto são a base em que este assenta e que estabelece a ponte entre a realidade dos factos que o convocam e a normatividade do direito que ele serve. A análise dos pressupostos do crédito compensatório do direito português afigura-se-nos uma tarefa particularmente exigente naqueles dois planos. O novo preceito do artigo 1676.<sup>o</sup>, n.<sup>o</sup> 2, do Código Civil<sup>7</sup> não remete para uma factualidade fácil de determinar, nem aponta de forma evidente para o fim que pretende prosseguir. Consequentemente, a doutrina que se debruçou sobre ele foi pronta a apontar um carácter pouco claro, incerto, à formulação legislativa<sup>8</sup>. Para tal concorreu, sem dúvida, o recurso a diversos conceitos indeterminados (contribuição “*consideravelmente superior*”, renúncia “*de forma excessiva* à satisfação dos seus interesses em favor da vida em comum”, “*prejuízos patrimoniais importantes*”)<sup>9</sup>, que suscitam um considerável esforço de concretização por parte do intérprete. É certo, porém, que o Direito da Família é profícuo no recurso a estas formulações indeterminadas e assim, há que reconhecer os riscos, mas também, por vezes, a inevitabilidade da sua convocação<sup>10</sup>. Parece-nos, todavia, que na situação agora em apreço os problemas que a correcta interpretação da norma enfrenta se prendem não só com a densificação dos conceitos em causa atomisticamente considerados (já de si particularmente exigente), mas também com a articulação destes entre si. De facto, a nosso ver, aparecem enunciados diferentes pressupostos, sem que se aponte claramente para o propósito da “compensação” mencionada. Ora, consoante a tónica seja colocada num ou noutro dos elementos da equação, assim será definido o mecanismo em causa. Sublinhemos que, se é certo que há um largo espaço interpretativo para a compreensão da norma, não existe um cheque em branco

---

<sup>7</sup> Doravante, todas as normas em que se omite a referência do diploma de que provêm considerar-se-ão normas do Código Civil português de 1966.

<sup>8</sup> Vejam-se as posições de Rita Lobo Xavier, de Cristina Araújo Dias e de Jorge Duarte Pinheiro, às quais se juntam também as expressas no comunicado da Presidência da República sobre a promulgação do diploma (Mensagem do Presidente da República fundamentando a promulgação da Lei, DAR II série A Nº.20/X/4 2008.10.30, 2, II Série A - Número: 020, 30 de Outubro de 2008) e no parecer da Associação Portuguesa de Mulheres Juristas. Rita Lobo Xavier, Recentes Alterações, p. 48, Jorge Duarte Pinheiro, Direito da Família Contemporâneo, 2013, 473, Cristina Dias, Uma Análise, p. 58, Cristina Dias, O crédito, 2010, 214, APMJ, Parecer, 7.

<sup>9</sup> Rita Lobo Xavier, Recentes Alterações, p. 48, Jorge Duarte Pinheiro, Direito da Família Contemporâneo, 2013, 473, Cristina Dias, Uma Análise, p. 69 e Cristina Dias, O crédito, 2010, p. 214

<sup>10</sup> Sobre conceitos indeterminados em Direito da Família, Helder Roque escreve que, tendo em conta que no Direito da Família existe uma “dupla fonte normativa”, uma fonte de natureza externa – a lei – e fontes de natureza interna – padrões adoptados em concreto por cada família, o que fornece a explicação para o “carácter lacunoso” do Direito da Família e o recurso frequente a conceitos indeterminados, que permitem uma adaptação à previsibilidade e variabilidade das situações da vida. Roque, Helder – «Os conceitos jurídicos indeterminados no direito da família e sua integração», *Lex Familiae - Revista Portuguesa de Direito da Família*, Ano 2, n.º 4, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, p. 94.

relativamente ao “expediente” que entendermos preferível. Daí a necessidade de analisar cada um dos pressupostos enunciados e o seu significado e peso no contexto da norma.

### 1.1. CONTRIBUIÇÃO PARA OS ENCARGOS DA VIDA FAMILIAR

O primeiro dado do enunciado do artigo 1676.º, n.º 2, é o facto de um cônjuge ter realizado uma “contribuição (...) para os encargos da vida familiar (...) consideravelmente superior ao previsto” no n.º 1 da mesma norma.

Deste modo, a lei portuguesa introduz a referência a um comportamento do cônjuge durante o casamento para o avaliar positivamente e (co-)fundar a titularidade de um direito. Tal apreciação não é estranha a outros ordenamentos jurídicos, ainda que não suscitando sempre as mesmas consequências, como teremos oportunidade de apreciar. Na verdade, assiste-se em diversos contextos ao abandono de uma compreensão de *qualquer* contributo dos cônjuges para a comunidade conjugal como *naturalmente devido*, substituindo-o pelo entendimento de que é inequitativo ignorar pelo menos comportamentos que representem um *especial benefício* para a vida familiar<sup>11</sup>.

#### 1.1.1. Contexto jurídico-familiar

A obrigação de contribuir para os encargos normais da vida familiar configura uma das manifestações do dever conjugal de assistência. Na verdade, este dever, que já foi classificado pela doutrina portuguesa como “a vertente económica da comunhão de vida”<sup>12</sup>, assume diferentes roupagens consoante o cenário conjugal em que se desenvolve. É a existência (ou a inexistência) de *vida em comum* entre os cônjuges que oferece a base para o dever de assistência assumir cada uma das suas configurações – a de obrigação de contribuir para os encargos da vida familiar ou a

---

<sup>11</sup>Cf. S. 25(2) do Matrimonial Causes Act 1973 que considera como factor a tomar em conta no estabelecimento de *financial provisions* após o divórcio quaisquer contribuições que qualquer dos cônjuges tenha feito ou possa vir a fazer para futuro para o bem da família e o valor de qualquer benefício, se for *inequitable* ignorá-lo. Mary Welstead, *Judicial Reform or an Increase of Discretion*, 63.

<sup>12</sup>Diogo Leite de Campos, *A Tributação da Família*, 44 e 45.

de dever de alimentos dos cônjuges<sup>13</sup>. Assim, tem-se definido tradicionalmente que é nas situações de *normal convivência* no âmbito da vida conjugal, ou seja, quando os cônjuges não estão separados, que é devida a “contribuição para os encargos da vida familiar”<sup>14</sup>.

A aparente facilidade desta distinção não permanecerá intacta se nos debruçarmos mais atentamente sobre o que significa esta *normal convivência*. Por um lado, podemos encontrar como referência o conceito de “comunhão de vida”<sup>15</sup>, que caracteriza o casamento na sua forma ideal (cf. art. 1577.º do Código Civil), e que nos é dado pela observância de um dever de coabitação imposto aos cônjuges, que se decompõe no tríptico de comunhão *tori, mensae et habitationis*<sup>16</sup>. Existirá,

<sup>13</sup> No ordenamento jurídico francês, sob a designação de ‘rapports alimentaires’, surgem as figuras da ‘contribution aux charges du mariage’ e do ‘devoir de secours entre époux’. No direito alemão, a expressão ‘Unterhalt’ designa as duas vertentes. Em Itália, distingue-se ‘mantenimento’ e ‘alimentar’.

<sup>14</sup> Na Doutrina portuguesa, ver entre outros, F. M. Pereira Coelho; Guilherme de Oliveira, Curso, Vol. I, 355, para quem “no caso de separação de pessoas e bens, judicial ou administrativa, e de simples separação de facto, não existe “vida familiar” e não tem sentido falar na obrigação de contribuir para os respectivos encargos”. Para Duarte Pinheiro, “o que separa a obrigação e alimentos e do dever de contribuir para os encargos é tão só a ausência de economia comum”, Pinheiro, Jorge Duarte, *O Direito da Família Contemporâneo*, 2013, p. 467. Em sentido análogo, Maria da Nazareth Lobato Guimarães, considera que a “separação de facto autêntica (que não permite dúvidas de que um ou ambos os cônjuges não desejam restabelecer a coabitação) só deixa lugar a alimentos”, v. Maria da Nazareth Lobato de Guimarães, *Alimentos*, 191. Já Pires de Lima e Antunes Varela, na sua anotação ao artigo 1675.º do Código Civil, concluem que, mantendo-se a “nova redacção do artigo 1675.º, n.º 2, embora sob forma diferente da usada no primitivo texto do n.º 2 do artigo 1673.º, o princípio de que a separação de facto não extingue o dever recíproco de assistência, desde que a separação de facto não seja imputável a nenhum dos cônjuges”. Lima, Pires de; Varela, Antunes, *Código Civil Anotado*, vol. IV, 266. A jurisprudência também já teve oportunidade de se pronunciar no sentido de que a obrigação de contribuir para os encargos da vida familiar permanece em caso de separação de facto. Cf. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 22 de Maio de 1980 (Proc. n.º 68 802) (Abel de Campos, Costa Soares, Alves Pinto), 263 e 264 e Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 16 de Abril de 1998 (Lúcio Teixeira, Herculano Namora, Miranda Gusmão), 46, no qual se entendeu que a obrigação de contribuir para os encargos da vida familiar “subsiste mesmo na separação de facto, na esfera jurídica de ambos os cônjuges, enquanto, como no caso, se não fixar a imputabilidade da separação a qualquer dos cônjuges”. Em 2007, o Tribunal da Relação de Évora veio reconhecer a inadequação da terminologia “contribuir para os encargos da vida familiar” usada para caracterizar o dever de assistência em caso de separação de facto, dada a inexistência de “vida familiar”, mas alinha com o entendimento jurisprudencial referido, ao admitir este tipo de contribuição em caso de separação de facto, exigível através do processo previsto no art. 1416.º do Código de Processo Civil. Cf. Acórdão do Tribunal da Relação de Évora de 14 de Junho de 2007 (Mata Ribeiro, Sílvio Teixeira de Sousa, Mário Serrano), 258. No mesmo sentido, ver ainda o Acórdãos do Tribunal da Relação de Lisboa de 22 de Maio de 2001 (Proc.º n.º 0093751) e de 01 de Julho de 2003 (proc.º n.º 3933/2003) ([www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)), para o qual a posição que exclui a contribuição para os encargos da vida familiar constitui “interpretação restritiva do nº 2 do artigo 1675 de Código Civil quando se verifica a separação de facto de um dos cônjuges (aqui, o Réu), que não deseja retomar a vida comum, reduzindo o dever de assistência à simples prestação de alimentos.

<sup>15</sup> Coelho, F. M. Pereira; Oliveira, Guilherme de, Curso, Vol. I, 348, Antunes Varela, *Direito da Família*, 341 e Pinheiro, Jorge Duarte, *O Direito da Família Contemporâneo*, 2013, 448, que sublinha o carácter de “utopia legal” da imagem do casamento como plena comunhão de vida.

<sup>16</sup> Esta tripla comunidade vai encontrar-se no direito canónico e continua a ser aceite como base da caracterização da comunidade de vida inerente ao casamento pelos ordenamentos civis. Na Doutrina portuguesa, ver Diogo Leite de Campos, *Lições de Direito da Família* 253, Coelho, F. M. Pereira; Oliveira, Guilherme de, Curso Vol. I, 352, Cid, Nuno de Salter, *A Protecção da Casa de Morada da Família*, 120, No contexto francês, veja-se, por todos Carbonnier, Jean, *Droit Civil. La famille. L'enfant, le couple*, 21 ed., Paris, Presses Universitaires de France, 468 e Malaurie, Philippe, Fulchiron, Hughes, *La Famille*, 589. Note-se que mesmo no caso da ordem jurídica alemã, em que este dever não é autonomamente enunciado, a doutrina considera à cabeça que, na cláusula geral que vincula o casal a uma *eheliche Lebensgemeinschaft* (§1353 I BGB), está compreendida a imagem tradicional do casamento caracterizada por habitar, partilhar o leito e viver em economia comum. Nina Dethloff, *Familienrecht*, . 57. Na doutrina italiana, Bonilini sublinha a ideia da comunhão espiritual e material para que tende o casamento enquanto *consortium omnis vitae*. G. Bonilini, *Manuale di Diritto di Famiglia*, 37.



assim, *normal convivência* quando exista uma comunhão assim caracterizada. Por outro lado, é possível fazer uma aproximação do ponto de vista negativo, determinando que esta existe quando os cônjuges *não* se encontram separados – o que inclui tanto as situações de separação legal de pessoas e bens, como de separação de facto<sup>17</sup>.

Ora, enquanto a separação de pessoas e bens depende de sentença judicial ou de decisão do conservador do registo civil decretando a modificação da relação matrimonial<sup>18</sup>, o que proporciona um elevado grau de certeza jurídica a esta situação, a existência de uma separação de facto terá de ser averiguada<sup>19</sup>.

A lei não ignora o conceito de separação de facto, concedendo-lhe relevância para alguns efeitos<sup>20</sup>, nomeadamente para a erigir como uma das causas objectivas de divórcio enumeradas pela lei (artigo 1781.º, al. a) do Código Civil)<sup>21</sup>. É, aliás,

<sup>17</sup> Não será assim no direito francês, no qual se admite contribuição para as “charges du mariage” mesmo em caso de separação de facto, embora admitindo excepções. Carbonnier, Jean, *Droit Civil. La famille. L'enfant, le couple*, 21. Ed., Paris, Presses Universitaires de France, 495 e Malaurie, Philippe, Fulchiron, Hughes, *La Famille*, 4. Ed., Paris, Defrénois, Lextenso éditions, 2011, p. 695.

<sup>18</sup> A separação por mútuo consentimento segue o regime processual aplicável ao divórcio por mútuo consentimento (Arts. 1775.º-1779.º do Código Civil e art. 14.º do Decreto-lei n.º 272/2001, de 13 de Outubro), assim como a separação “sem consentimento do outro cônjuge” segue os mesmos termos do processo de “divórcio sem consentimento do outro cônjuge” (cf. art. 1794.º do Código Civil e arts. 931.º e 932.º do Código de Processo Civil).

<sup>19</sup> No n.º 2 do artigo 1675.º lê-se que o dever de assistência se mantém “durante a separação de facto se esta não for imputável a qualquer dos cônjuges” e do n.º 3 decorre que se “a separação de facto for imputável a um dos cônjuges, ou a ambos, o dever de assistência só incumbe, em princípio, ao único ou principal culpado; o tribunal pode, todavia, excepcionalmente e por motivos de equidade, impor esse dever ao cônjuge inocente ou menos culpado, considerando, em particular, a duração do casamento e a colaboração que o outro cônjuge tenha prestado à economia do casal”. Não se faz, portanto, uma referência literal ao dever de alimentos, o que já levou o Supremo Tribunal de Justiça a considerar não ser de interpretar restritivamente o artigo 1675.º n.º 2, de forma a entender que este se referia apenas à simples prestação de alimentos, explicando que não se entenderia que um cônjuge, por ter abandonado o lar familiar, se libertasse da obrigação de contribuir para os encargos respectivos, já que concorreu para a sua fundação, corresponsabilizando-se por este. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 22 de Maio de 1980 (Proc. n.º 68 802) (Abel de Campos, Costa Soares, Alves Pinto), *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 297, Junho, 1980, p. 263 e 264.

<sup>20</sup> Na verdade, além dos mencionados n.ºs 1 e 2 do artigo 1675.º, a separação de facto também é invocada para efeitos de fixação da data em que se produzem os efeitos do divórcio, já que se “a separação de facto entre os cônjuges estiver provada no processo, qualquer deles pode requerer que os efeitos do divórcio retroajam à data, que a sentença fixará, em que a separação tenha começado” (artigo 1789.º, n.º 2). Esta situação de facto é igualmente relevante no âmbito do exercício das responsabilidades parentais, uma vez que as disposições relativas a alimentos e ao exercício das responsabilidades parentais devidos ao filho em caso de divórcio, separação judicial de pessoas e bens, declaração de nulidade ou anulação do casamento ou quando o filho é confiado a terceira pessoa e ainda respeitante aos casos de sobrevivência do progenitor a quem o filho não foi confiado (artigos 1905.º a 1908.º do Código Civil) são aplicáveis aos cônjuges separados de facto (artigo 1909.º do Código Civil). Quanto à atribuição da casa de morada de família, nos termos dos arts. 1105.º e 1793.º, do Código Civil, Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira admitem que tais disposições sejam aplicáveis em caso de separação de facto, apesar de a lei ser omissa, Coelho, F. M. Pereira; Oliveira, Guilherme de, *Curso de Direito da Família*, Vol. I, 4. Ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2008, p. 685-686, nota 159, enquanto Pinheiro, Jorge Duarte, *O Direito da Família Contemporâneo*, 2013, 600, defende que a separação de facto não se afigura suficiente para desencadear tais estatuições.

<sup>21</sup> A falta de coabitação que se configurasse como violação culposa deste dever conjugal deixou de ter relevância autónoma como fundamento de divórcio com a eliminação da modalidade de divórcio com fundamento em causas subjectivas operada pela Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro. Assim, a falta de coabitação para ser fundamento de divórcio terá de se subsumir aos preceitos do artigo 1781.º, al. a) ou, eventualmente, com a confluência de outras circunstâncias, à al. d) do Código Civil. Sobre a relevância jurídica da ausência de coabitação para efeitos de divórcio no modelo anterior

neste contexto, que nos é apresentada uma definição legal de separação de facto (artigo 1782.º, n. 1 do Código Civil) que se decompõe em dois elementos: um *elemento objectivo* de ausência de *comunhão de vida* (“não existe comunhão de vida entre os cônjuges”) a que se deve associar um *elemento subjectivo*, que se traduz no propósito, da parte de um ou de ambos, de não a restabelecer<sup>22</sup>.

Ora, no âmbito do funcionamento do dever conjugal de assistência, há que determinar qual o entendimento de “separação de facto” para o efeito de activar o dever de alimentos em alternativa ao dever de contribuir para os encargos da vida familiar. Podemos avançar como hipóteses de descodificação deste conceito: a verificação da existência dos requisitos do artigo 1782.º do Código Civil; a falta de coabitação quando não justificada pelos *motivos ponderosos* a que se alude no artigo 1673.º, n. 2, do Código Civil<sup>23</sup>; a mera ausência de coabitação, ainda que os cônjuges perspectivem que seja restaurada ou ainda que justificada pelos mencionados motivos ponderosos; ou, a mais exigente, completa inexistência de *comunhão de vida*<sup>24</sup>.

Relativamente a estas situações, é necessário proceder a uma clarificação prévia. Podemos, desde logo, excluir do âmbito da obrigação de contribuir para os encargos da vida familiar as situações em que ambos os cônjuges vivem debaixo do mesmo tecto, mas em que não existe uma verdadeira comunhão de vida. Assim acontecerá quando razões de ordem familiar (os interesses dos filhos, v.g.) ou social (manutenção de uma imagem pública que favorece o exercício da sua profissão, v.g.) impelem os cônjuges a manter uma aparência exterior do casamento, habitando na mesma casa, sem que haja comunicação entre estes, partilha de refeições ou

---

de divórcio, ver por todos, Coelho, Francisco Manuel Pereira, Divórcio e separação judicial de pessoas e bens, in *Reforma do Código Civil*, Lisboa, Ordem dos Advogados, Conselho Geral, Instituto da Conferência, 1981, pp. 36 ss.

<sup>22</sup> As exigências do artigo 1782.º do Código Civil são classificadas nestes termos, entre outros, por Antunes Varela, Direito da Família, 500, por Coelho, F. M. Pereira; Oliveira, Guilherme de, Curso, Vol. I, 638 e 639. Na doutrina francesa, também encontramos na definição da separação de facto, um elemento material – a ausência de coabitação – e um elemento intencional – a intenção dos cônjuges de não viverem juntos durante um período durável, que se aproxima mas não coincide totalmente com o conceito português. Philippe Malaurie ; Hughes Fulchiron, *La Famille*, 353.

<sup>23</sup> A existência de tais motivos ponderosos suporta que não haja violação do dever de coabitação, ainda que os cônjuges não adotem a residência da família (Art. 1673.º, n. 2 do Código Civil).

<sup>24</sup> Inocêncio Galvão Telles avança dois significados diferentes para o conceito de separação de facto: “o afastamento que não exclui a intenção de ambos os cônjuges de restabelecerem mais cedo ou mais tarde, a coabitação” e a noção vertida no artigo 1782.º do Código Civil. No primeiro caso, defende a existência de um “dever de *manutenção*”, mas convoca o regime do art. 1675.º do Código Civil e a consideração das culpas dos cônjuges para determinar quem é obrigado a contribuir para “a comunidade conjugal, [dado que] apesar do afastamento dos cônjuges, mantém-se viva, não sofreu ruptura real”. Quando existe separação de facto associada ao propósito de não restabelecer a coabitação surgirá, então, o dever de *alimentos*, e Galvão Telles defende aqui a aplicação analógica do regime do divórcio. Teles, Inocêncio Galvão, Parecer. Alimentos, 20, 21.

comunhão de leito, i.e. sem que haja efectiva vida em comum<sup>25</sup>. Nestes casos, que serão classificados – apesar da sua menor evidência exterior e, conseqüente, dificuldade probatória acrescida – de *separação de facto*<sup>26</sup>, teremos de excluir a existência de um dever de contribuir para os encargos da vida familiar.

Os restantes cenários da vida em comum podem, igualmente, assumir diferentes formatos. Em primeiro lugar, encontraremos a situação exemplar – aquela em que, na sequência da fixação da residência, os *cônjuges partilham de forma habitual a residência que oportunamente acordaram*, nos termos do artigo 1673.º do Código Civil<sup>27 28</sup>.

<sup>25</sup> Neste sentido, Campos, Diogo Leite de, *Lições de Direito da Família*, 254, Coelho, F. M. Pereira; Oliveira, Guilherme de, Curso, vol. I, 638 e 639, Antunes Varela, Direito da Família, 501 e Nuno de Salter Cid, *A Protecção*, 122. Na jurisprudência, ver Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 3 de Abril de 1979 (Jorge Fugas, Machado e Costa, Santos Carvalho), 366, acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 13 de Dezembro de 1979 (Amaral Aguiar, Passos Coelho, Góis Pinheiro), 440, acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 30 de Outubro de 1984 (Recurso n.º 17 842 - 1.ª Secção) (Alberto Malgueiro, Aurélio Vieira, Sá Coimbra), 477, acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 10 de Dezembro de 1991 (Recurso n.º 377/91 - 3.ª Secção) (Martins da Costa, Metello de Nápoles, Mário Ribeiro), 554. Em acórdão de 17 de Junho de 2003, o Supremo Tribunal de Justiça teve ocasião de expressamente se debruçar sobre estas situações de separação de facto, nos seguintes termos: “[n]ão se pode considerar que autor e ré tenham vivido na mesma casa como se marido e mulher fossem, só porque esporadicamente viveram debaixo do mesmo tecto, embora fazendo vidas separadas. Circunstâncias várias, como não ter de momento outro lugar onde habitar, podem fazer com que o cônjuge, não obstante estar, na realidade, separado, e com uma vivência autónoma, viva na mesma casa. Pode viver-se na mesma residência e estar separado de facto, como é possível (e acontece) quando mais do que uma família coabita no espaço físico da mesma casa, embora com vidas, económicas diferentes e relações familiares completamente independentes”. V. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 17 de Março de 2003 (Pinto Monteiro), Proc. n.º 03A884 ([www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)).

<sup>26</sup> Negando a existência de separação de facto, no contexto francês, v. Malaurie, Philippe, Fulchiron, Hughes, *La Famille*, 353.

<sup>27</sup> A lei - artigo 1673.º do Código Civil -, em homenagem ao princípio da igualdade, determina que os cônjuges escolham a residência da família de comum acordo, tomando em conta, os interesses dos membros da família, nomeadamente, as exigências da vida profissional destes e os interesses dos filhos e procurando salvaguardar a unidade da vida familiar. Quanto à fixação da residência da família, Diogo Leite de Campos entende só se deverem considerar os interesses dos elementos da família, não vendo como seja “possível descortinar o interesse próprio da família enquanto conjunto”. Campos, Diogo Leite de, *Lições de Direito da Família e das Sucessões*, 2.ª Ed. revista e actualizada, reimp. da edição de 1997, Coimbra, Almedina, 2001, p. 253. Entre os factores a considerar, a doutrina aponta, exemplificativamente, o local de trabalho dos cônjuges, a localização de bens imóveis que pretendam explorar ou administrar, a localização dos estabelecimentos de ensino dos filhos. Coelho, F. M. Pereira; Oliveira, Guilherme de, Curso de Direito da Família, Vol. I, 4. Ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2008, p. 353.

<sup>28</sup> Assim, existirá, em princípio, apenas *uma residência*, que se identificará as mais das vezes com a casa de morada de família. Nuno de Salter Cid articula os conceitos de “residência” e de “casa de morada de família”, sublinhando que não são a mesma realidade. Sobre esta distinção, ver Cid, Nuno de Salter, *A Protecção da Casa de Morada da Família no Direito Português*, Coimbra, Almedina, 1996, p. 55 ss. e p. 40, em particular também p. 53 e 59. Sobre o conceito de casa de morada de família, ver ainda, entre outros, Silva, Nuno Espinosa Gomes da, Posição sucessória do cônjuge sobrevivente, *in Reforma do Código Civil*, Lisboa, Ordem dos Advogados, Conselho Geral, Instituto da Conferência, 1981, p. 72 e 73, Lima, Pires de; Varela, Antunes, Código Civil Anotado, vol. IV, Arts. 1576.º-1795.º, 2.ª Ed. revista e actualizada, Coimbra, Coimbra Editora, 1992, anotação ao artigo 1673.º, pp. 259 ss. e anotação ao art. 1682.º-A, pp. 305. É, todavia, possível configurar a existência de *residências sucessivas*, consoante a época do ano, por exemplo, o que introduziria aqui outro elemento – a existência de mais do que um *locus* da vida familiar. Todavia, da definição de “casa de morada de família” devem excluir-se “as residências secundárias ou ocasionais”. Neste sentido, Coelho, Francisco Manuel Pereira, Acórdão de 2 de Abril de 1987, *Revista de Legislação e Jurisprudência*, A. 122, n.º 3782, 1990, p. 136, nota 4, Nuno Espinosa Gomes da, Posição sucessória do cônjuge sobrevivente, *in Reforma do Código Civil*, Lisboa, Ordem dos Advogados, Conselho Geral, Instituto da Conferência, 1981, p. 72, Nuno de Salter Cid, *A Protecção...cit.*, ps. 31 e 32, mas a doutrina tem admitido, embora não unanimemente, a existência de mais de uma casa de morada, se tais residências forem ocupadas “com carácter de habitualidade de permanência”, Nuno de Salter Cid, *A Protecção...cit.*, p. 32, Nuno Espinosa Gomes da, Posição sucessória do cônjuge sobrevivente, *in Reforma do Código Civil*, Lisboa, Ordem dos Advogados, Conselho Geral, Instituto da Conferência, 1981, p. 72. Nuno de Salter Cid afirma, todavia, as suas reservas quanto à aplicação às várias

Todavia, a obrigação de vida em conjunto não tem, nem pode, por vezes, ser necessariamente cumprida de acordo com critérios monolíticos que exijam uma permanente convivência; antes varia em concreto segundo as circunstâncias da vida pessoal ou profissional dos cônjuges. Na verdade, podemos estar perante quadros em que um dos cônjuges não habita ou não habita sempre a *residência familiar conjugal*. A lei admite estes desvios ao padrão que pretendeu impor quando consente que “motivos ponderosos”<sup>29</sup> levem a que os cônjuges não adoptem a residência da família (art. 1673.º, n. 2 CCiv). Deste modo, podemos encontrar situações em que só *periodicamente* existe partilha da residência<sup>30</sup> e mesmo quadros em que não é possível determinar um padrão regular para a coabitação conjugal, mas em que a coabitação continua a existir, não obstante a *falta de periodicidade*<sup>31</sup>. Por fim, pode *não haver coabitação*, mas, existindo residência da família, o cônjuge que aí não habita deve regressar a ela assim que cessem as razões que dão causa a que o dever não seja cumprido<sup>32 33</sup>.

Um último quadro a apresentar é aquele em que *não existe a residência da família*<sup>34</sup>. A lei parece exigir este estabelecimento<sup>35</sup>, mas é possível que tal decisão

---

casas de morada de todas as regras vigentes sobre esta matéria. Nuno de Salter Cid, *A Protecção...*, p. 32. Sobre a admissibilidade da coexistência de mais do que uma “residência permanente”, Varela, Antunes, Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 5 de Março de 1985, *Revista de Legislação e Jurisprudência*, Ano 123, 1991, n.º 3794, 158 ss. e n.º 3795, 174 ss

<sup>29</sup> Sobre o que se deve entender por “motivos ponderosos” que justificam a não adopção da residência da família, que Antunes Varela, classifica como um cheque em branco “passado pelo legislador a favor do critério do julgador” (Antunes Varela, *Direito da Família*, 348). Ver também, F.M. Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira, *Curso*, vol. I, p. 353 e Beleza, Maria Leonor Pizarro, *Os Efeitos do Casamento*, 114. Salter Cid aponta para “quaisquer circunstâncias tornam compreensível e razoável a recusa em viver na residência da família”, enumerando como exemplos exigências da vida profissional de um cônjuge preteridos aquando da fixação da residência, circunstâncias como doença que obriga a internamento ou cumprimento de pena de prisão ou ainda necessidade de cumprimento de funções militares ou de outras funções públicas ou serviço particular noutro local, bem como o comportamento do outro cônjuge, nomeadamente maus tratos. Nuno de Salter Cid, *A protecção*, 128 e 129.

<sup>30</sup> Por exemplo, durante os dias feriados e os períodos de férias, porque as profissões dos cônjuges só isso permitem. V. Antunes Varela, *Direito da Família*, 345.

<sup>31</sup> Importante será que, neste, como nos outros casos que se afastam do figurino legal da residência comum habitual, atento o dever de “comunhão de habitação” que persiste - embora entendida em termos hábeis -, os cônjuges se empenhem em encontrar meios que permitam aproximar a sua convivência possível daquela que é almejada pelo legislador. Duarte Pinheiro, *O Direito da Família Contemporâneo*, 2013, 462.

<sup>32</sup> V. F. M. Pereira Coelho, Guilherme de Oliveira, *Curso*, 354.

<sup>33</sup> É por não estar excluído um intento de reunificação da vida conjugal que estes casos não se reconduzem ao conceito de separação de facto que consta do artigo 1782.º do Código Civil. Assim, mesmo que a vida quotidiana de um dos cônjuges se desenvolva noutro lugar que não a residência familiar fixada, verificando-se o *corpus* da separação de facto, não se preenche o *animus* legalmente exigido. Sobre o entendimento do elemento subjectivo da separação de facto, ver os acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça de 5 de Julho de 2001 (Araújo de Barros, Oliveira Barros, Miranda Gusmão), principalmente p. 166, e de 11 de Julho de 2006 (Sebastião Póvoas, Moreira Alves, Alves Velho), 157. Ver ainda o acórdão do Tribunal Constitucional n.º 196/91, de 8 de Maio de 1991 (Proc. n.º 122/89 - 1.ª Secção, (António Vitorino – relator), 74 e 75.

<sup>34</sup> Ver Nuno Espinosa Gomes da Silva, *Posição sucessória do cônjuge sobrevivente*, 72 e 73, Beleza, Maria Leonor Pizarro, *Os Efeitos do Casamento*, 114, Coelho, Francisco Manuel Pereira, *Acórdão de 10 de Maio de 1988*, 370 e 371, Nuno de Salter Cid, *A Protecção*, 33 e p. 52.

não chegue a ser tomada, que o acordo tenha desaparecido<sup>36</sup> ou que a ausência de uma efectiva coabitação entre os cônjuges faça com que não seja possível defini-la<sup>37</sup>.

<sup>38</sup> A transitoriedade associada a esta situação suporta do ponto de vista fáctico a ausência do acordo.

Por fim, temos de equacionar ainda um outro plano de convivência entre os cônjuges. Referimo-nos às situações em que a residência da família não foi determinada e em que os cônjuges não perspectivam que isto venha a acontecer. No contexto português, Antunes Varela admitia que os cônjuges fixassem residências distintas<sup>39</sup>, só coabitando, de facto, periódica e não continuamente. É o caso do chamado “casamento de visita recíproca”<sup>40,41</sup>

Pensamos, por isso, que podemos entender habilmente o conceito de “convivência dos cônjuges” (pelo menos para os efeitos de aqui nos ocupamos) e que mesmo as situações em que os cônjuges não partilham a mesma habitação, não tendo mesmo chegado a fixar uma residência comum e não havendo perspectivas concretas de uma reunificação, merecem não ser necessariamente assimiladas na

<sup>35</sup> Apesar de partir do princípio de que o dever de coabitação pressupõe a existência de uma residência de família, (Antunes Varela, *Direito da Família*, 346 ss; Lima, Pires de; Varela, Antunes, *Código Civil Anotado*, vol. IV, 258, Nuno de Salter Cid, *A Protecção*, 120, entre outros), a doutrina nacional admite que o dever de coabitação seja cumprido na ausência do estabelecimento da residência com um mínimo de permanência. Neste sentido, ver, Beleza, Maria Leonor Pizarro, *Os Efeitos do Casamento*, 114 e Antunes Varela, *Direito da Família*, 346, nota 3.

<sup>36</sup> Pode ainda ter havido abandono da residência familiar por parte de ambos os cônjuges ou esta pode ter sido destruída ou objecto de venda. Nuno de Salter Cid, *A Protecção*, 33.

<sup>37</sup> Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira admitem esta hipótese no exemplo dos cônjuges que são estudantes universitários em cidades diferentes, habitando em pensões e quartos arrendados e não coabitando efectivamente. Coelho, F. M. Pereira; Oliveira, Guilherme de, *Curso*, 354. O interesse do legislador na sua fixação, todavia, é evidente. Comprova-se pelo facto de erigir esta matéria numa das poucas em que é admitida a intervenção do tribunal quando falte o acordo dos cônjuges, ao arrepio do princípio da autonomia da família.

<sup>38</sup> A fixação da residência, sendo circunstância ideal, não é condição *sine qua non* para que o dever de coabitação seja acatado. Na verdade, mesmo na ausência desta base da vida familiar, tal dever, efeito do casamento, impõe-se aos cônjuges e o seu cumprimento é possível. Não será difícil admitir que tal coabitação possa ter lugar, por exemplo, sucessivamente e por curtos espaços de tempo em casa de familiares ou em estabelecimentos hoteleiros. A formulação do exemplo é de Nuno de Salter Cid, *A Protecção*, 120. Ver também p. 125 ss..

<sup>39</sup> Não nos referimos ao facto de os cônjuges manterem domicílios distintos, já que o domicílio não é mais do que “a sede (territorial) legal abstracta do indivíduo para o exercício de certos direitos e cumprimento de determinadas obrigações”. Antunes Varela sublinha esta distinção em Antunes Varela, *Direito da Família*, 346, que já se encontra também na doutrina francesa, ver por todos Carbonnier, Jean, *Droit Civil. La famille*, 469

<sup>40</sup> Antunes Varela, *Direito da Família*, 346, nota 3.

<sup>41</sup> A discussão acerca da admissibilidade destas situações no seio de uma curial vida conjugal convoca a hodierna compreensão do casamento, que aponta para uma maior plasticidade para a forma como se deve entender a “plena comunhão de vida” em geral e os deveres conjugais em particular. Na verdade, se é certo que esta passará, em princípio, pela convivência dos cônjuges debaixo do mesmo tecto, também é verdade que a forma como entendemos o dever de coabitação é permeável a uma tendência, já bem enraizada em alguns ordenamentos jurídicos e não ignorada no nosso contexto, para reconhecer aos cônjuges uma maior liberdade de conformação da relação matrimonial. Esta tendência (notada já por Antunes Varela, em *Direito da Família...cit.*, p 341, nota 3), é um corolário da ideia-base do “movimento da deslegalização” do Direito da família actual, que entende as relações familiares como pertencentes à esfera privada das pessoas, como formula Pereira Coelho, *Casamento e família*, 26.

noção de separação de facto. Na verdade, socorrendo-nos das palavras de PEREIRA COELHO, poderemos estar perante casos em que, apesar do afastamento físico, a “comunhão de sentimentos persiste com forte intensidade”<sup>42</sup>, que aponte, ainda assim, para uma forma de “comunhão de vida” entre eles<sup>43</sup>.

Face a estes diferentes cenários, há que determinar, em resposta às questões que em cima formulámos, qual o conceito de “separação de facto” relevante para traçar a fronteira entre as situações de conjugalidade em que há lugar a contribuição para os encargos da vida familiar.

Parece-nos que a pedra angular se vai encontrar na existência ou inexistência de *vida comum*, que se concretiza na existência de um *projecto de vida comum* entre os cônjuges<sup>44</sup>. Se estes continuam associados desta forma, ainda que exista separação física, podemos continuar a ter em conta uma efectiva sociedade conjugal, para cuja manutenção os cônjuges devem contribuir<sup>45</sup>.

A contribuição para os encargos da vida familiar existirá, assim, no variado espectro de situações que tentámos delimitar, desde os casos em que os cônjuges partilham de forma habitual a residência familiar às situações em que, vivendo separados fisicamente, não desistiram da construção de uma vida *familiar*<sup>46</sup> - que compreende tanto a vida conjugal como a vida familiar num sentido mais lato.

<sup>42</sup> F. M. Pereira Coelho, *Divórcio e separação*, 36 e 37.

<sup>43</sup> A convivência entre os cônjuges pode dar-se, aliás, frequentemente noutros locais, o débito conjugal ser cumprido e as actividades quotidianas podem ser realizadas em conjunto ainda que (parte de) o seu dia-a-dia esteja sedado nas suas residências próprias, separadas ou, nos casos de efectiva distância física, o contacto pode ser facilitado pelo recurso a meios tecnológicos de comunicação. V. María Aránzazu Novales Alquézar, *Los deberes personales entre los cónyuges ayer y hoy*, Granada, Editorial Comares, 2007, pp. 322 e 323.

<sup>44</sup> Esta ideia foi aventada por Galvão Teles, Teles, Inocêncio Galvão, Parecer. Alimentos, 21. A definição de Malaurie e Fulchiron é também impressiva: “o casamento é também (...) um destino partilhado” - Malaurie, Philippe, Fulchiron, Hughes, *La Famille*, 591 – ainda que o casamento não implique a “absorção de uma personalidade pela outra” – como ensina Carbonnier: “même lit, rêves différents”. Carbonnier, Jean, *Droit Civil. La famille. L'enfant, le couple*, 483.

<sup>45</sup> O propósito de não restabelecer a comunhão de vida plasmado no artigo 1782.º do Código Civil é ancilar na determinação da subsistência de tal designio conjunto, tal como o é a justificação da falta de coabitação por motivos ponderosos, que ultrapassam a mera vontade de não viver em conjunto. Galvão Teles reconduz directamente ao facto de a separação ser acompanhada do propósito de ambos os cônjuges ou de um deles de não mais restabelecerem a coabitação o surgimento da obrigação de alimentos, abandonando-se a faceta da obrigação de manutenção. Considera ser nesse caso que há “uma verdadeira *ruptura* da sociedade conjugal – mera ruptura de facto, é certo, mas nem por isso menos real”, mas vai ainda mais longe defendendo que “[p]ara os efeitos que nos interessam, respeitantes ao dever de assistência, tudo se apresenta como se estivesse *dissolvida*. Esse dever deixa de revestir a forma de *manutenção*, porque não há que manter uma comunidade desaparecida do mundo dos factos. O único dever a que poderá fazer-se apelo é o de alimentos, como relação entre duas pessoas que deixarem de estar associadas a um projecto de vida, tornando-se nas realidades estranhas uma à outra”. Teles, Inocêncio Galvão, Parecer. Alimentos, 21.

<sup>46</sup> Duarte Pinheiro, *O Direito da Família Contemporâneo*, 467, diz-nos que “a obrigação de contribuir para os encargos da vida familiar pressupõe, logicamente a existência de... vida familiar”, remetendo para o lugar paralelo do art. 1874.º, n.º 2 do Código Civil, concluindo que a “última obrigação extingue-se, portanto, em todas as hipóteses em que falta a vida em comum, nomeadamente, por haver separação de facto (o que é confirmado pelo tratamento da situação no art. 1675.º e não no art. 1676.º)”.

Assim, se é certo que esta vida comum não tem de obedecer a um figurino rígido, é todavia essencial que *opções de vida fundamentais* sejam tomadas tendo em consideração o casamento. É verdade que no caso mais pacífico em que os cônjuges partilham de forma habitual a residência da família, os termos da contribuição para o funcionamento de tal centro da vida familiar são mais claros. No entanto, a lei exige e regula não uma contribuição para as “despesas domésticas”<sup>47</sup>, mas a contribuição para os encargos de uma vida em comum, a vida familiar fundada no casamento... na forma que ela assuma (e enquanto a possa assumir). Logo, podemos avançar a ideia de que existindo *vida comum* (que pode compreender tanto a existência quotidiana plenamente partilhada, como assumir um carácter mais rarefeito<sup>48</sup>), justificar-se-á que ambos cônjuges mobilizem recursos para lhe fazer face<sup>49</sup>.

O carácter forçosamente casuístico desta avaliação imprime-lhe uma incerteza que pode ser dominada pela consideração de outro elemento, de outra faceta do dever de coabitação. Podemos defender que deve haver contribuição para os encargos da vida familiar quando a vida em comum dos cônjuges também se exprime na *decisão e/ou prática consolidada de viver com um 'budget' único*, i.e. exprime-se no cumprimento da segunda faceta do dever de coabitação, a “comunhão de mesa”, que tem conotações exclusivamente patrimoniais<sup>50</sup>. Existindo este substrato, não é razoável a autonomização de um dever de alimentos relativamente ao cônjuge que deles necessite.

Na verdade, a *comunhão de mesa* representa a “vida em economia comum” ou “comunhão de vida económica”<sup>51</sup> dos cônjuges, que se traduz numa obrigação de

<sup>47</sup> Cf. artigo 992.º do Código de Processo Civil de 2013, que manteve a mesma terminologia do artigo 1416.º do Código de Processo Civil de 1995.

<sup>48</sup> Manifestando-se, por exemplo, nas obrigações sociais que ambos assumem, férias passadas em conjunto, despesas com tempos livres comuns, plano de reforma comum.

<sup>49</sup> Parece-nos que o pensamento de Antunes Varela, embora não espelhe uma opção com capacidade para abarcar todas as situações que mencionámos, se encaminha no sentido de admitir que situações em que não existe uma efectiva partilha de residência ainda reclamem contribuição para os encargos da vida familiar, quando defende que “se a separação de facto for puramente transitória e acidental, resultando de circunstâncias de força maior ou de facto de terceiro (...), o dever recíproco de assistência mantém-se, sofrendo apenas as adaptações adequadas às circunstâncias. No caso de a separação ser duradoura e devida a facto imputável a um dos cônjuges, só este será, em princípio, obrigado a prestar assistência ao outro. (...)”. Antunes Varela, *Direito da Família*, 352

<sup>50</sup> Malaurie, Philippe, Fulchiron, Hughes, *La Famille*, 591

<sup>51</sup> Coelho, F. M. Pereira; Oliveira, Guilherme de, Curso, Vol. I, 352, Pinheiro, Jorge Duarte, *O Direito da Família Contemporâneo*, 2013, 461, apontam este sentido à “comunhão de mesa”, que remete para a ideia medieval de “vivre à mêmes pot et feu”, como uma espécie de “cooperativa de consumo”. Carbonnier, Jean, *Droit Civil. La famille*. 469 e Malaurie, Philippe, Fulchiron, Hughes, *La Famille*, 591.

partilha de recursos, numa “unidade de ‘budget’”<sup>52</sup> <sup>53</sup>. Neste sentido, e apesar de repetidamente ser negligenciada no âmbito da caracterização da coabitação conjugal, é uma vertente essencial na articulação com o dever de assistência, com o qual, aliás, apresenta claras afinidades<sup>54</sup>. Por essa razão, determinar a relevância autónoma desta faceta do dever de coabitação face ao dever de contribuir para os encargos da vida familiar não é tarefa fácil. Todavia, parece-nos que, do ponto de vista lógico, é possível colocá-los em planos diferentes: a “comunhão de mesa” aponta para a forma como os cônjuges se servem dos recursos postos em comum; o dever de contribuição para os encargos da vida familiar diz respeito à forma como estes recursos são disponibilizados<sup>55</sup>. A ideia de “comunhão de vida económica” esclarece o funcionamento do princípio da igualdade no âmbito da disponibilização de recursos para a vida quotidiana dos cônjuges, exige que o dever de assistência seja entendido desta forma.

Podemos, assim, neste primeiro momento, avançar que as contribuições relevantes também para o efeito de convocar o crédito compensatório são aquelas que se realizam no contexto de um *projecto de vida comum* entre os cônjuges.

#### 1.1.2. Natureza das contribuições para os encargos da vida familiar

A lei menciona duas formas de cumprimento do dever de contribuição por parte dos cônjuges: “pode ser cumprido, por *qualquer deles*, pela afectação dos seus recursos àqueles encargos e pelo trabalho despendido no lar ou na manutenção e educação dos filhos” [itálicos nossos]. O legislador optou cautelosamente<sup>56</sup> por uma

<sup>52</sup> As expressões são de Malaurie, Philippe, Fulchiron, Hughes, *La Famille*, 591.

<sup>53</sup> Nuno de Salter Cid, *A Protecção*, 121, refere-se ao “acento tónico na comunhão de leito e habitação” dado tanto pela Doutrina como pela Jurisprudência.

<sup>54</sup> Neste sentido, também, Duarte Pinheiro, *O Direito da Família Contemporâneo*, 2013, 461.

<sup>55</sup> Assim, parece que o *plus* que é oferecido pela “comunhão de vida económica” reside no facto de apontar para um mais claro nivelamento das posições económicas dos cônjuges durante o casamento. Na verdade, se é certo que do dever de assistência decorre que os cônjuges contribuam segundo as suas possibilidades, tal não teria de significar forçosamente que os cônjuges beneficiassem na satisfação das suas necessidades pessoais que se integram nos encargos normais da vida familiar de forma par – daí não decorria necessariamente que os cônjuges beneficiassem do mesmo nível de vida. Para Angelo Falzea, o regime jurídico com o qual o legislador resolveu o problema da igualdade substancial e jurídica dos cônjuges é o do dever de contribuição, mas equaciona a questão no âmbito da reforma legislativa de 1975 que substituiu o dever individual de “mantenimento” pelo dever comum de contribuição. Angelo Falzea, *Il dovere di contribuzione*, 618.

<sup>56</sup> Segundo Leonor Bezeza, esta foi uma das disposições mais difíceis de redigir no âmbito da Reforma de 1977, uma vez que houve “a intenção cuidadosa de, para além de banir a atribuição expressa de funções a cada um dos cônjuges, não



formulação que não apresenta estas modalidades de cumprimento como alternativas, mas sim como (eventualmente) cumuláveis (art. 1676.º, n.º 1 do Código Civil).

Esta norma parece ter sido inspirada pelo §1360 do BGB<sup>57</sup>, na redacção que lhe foi dada pela Reforma de 1976 (*1. EheRG – Erstes Gesetz zur Reform des Ehe- und Familienrechts*), de 14 de Junho de 1976). A disposição determina que “[o]s cônjuges são mutuamente obrigados a sustentar adequadamente a família através do seu trabalho e do seu património” e que “[s]endo um dos cônjuges encarregue da gestão doméstica, este cumpre o seu dever através do trabalho prestado para o sustento da família, em regra, através da gestão da casa”. Plasmou-se assim uma consideração autónoma do trabalho no lar (num sentido lato que inclui a educação e manutenção dos filhos)<sup>58</sup> que a nossa lei entendeu também acolher. Assim, com a redacção de 1977 do n.º 1 do artigo 1676.º foi introduzido de forma pioneira no nosso ordenamento jurídico o reconhecimento do *valor económico do trabalho doméstico*, através de uma equiparação implícita ao trabalho profissional<sup>59,60</sup>

#### 1.1.2.1. Gestão doméstica e cuidado dos filhos

Se nos perguntarmos acerca da natureza das contribuições que são visadas no âmbito do crédito compensatório, não haverá dúvidas em avançar que se compreendem aquelas que resultam do exercício da actividade doméstica, de gestão do lar e cuidado e educação dos filhos. A doutrina nacional é unânime em reconhecer esta opção (implícita) do legislador<sup>61</sup>, que já afluía nas preocupações

---

permitir que a lei contivesse qualquer sugestão mais ou menos velada de repartição daquelas em função do sexo.”Beleza, Maria Leonor Pizarro, *Os Efeitos do Casamento*, 109.

<sup>57</sup> Varela, Antunes, *Direito da Família*, 358.

<sup>58</sup> Pelo contrário, a lei francesa não especifica a possibilidade de a contribuição para as *charges du mariage se fazer en nature*. Isto não obsta a que esta seja aceite como uma das modalidades de contribuição. Cornu, Gérard, *Droit Civil. La Famille*.

<sup>59</sup> Maria Leonor Pizarro Beleza, *Os efeitos do casamento*, 110, e F. M. Pereira Coelho; Guilherme de Oliveira, *Curso de Direito da Família*, 358.

<sup>60</sup> F. M. Pereira Coelho; Guilherme de Oliveira, *Curso de Direito da Família*, 358. Isto será relevante, pelo menos em termos teóricos, durante a comunhão de vida, já que, embora de difícil ocorrência na prática, cada cônjuge pode recorrer à providência do actual n.º 4 do artigo 1676.º para que lhes seja entregue a parte dos rendimentos ou proventos do outro que o tribunal fixar e, para o fazer, há que avaliar as contribuições de um e de outro.

<sup>61</sup> Rita Lobo Xavier, *Recentes Alterações*, 48 e 49, Cristina M. Araújo Dias, *Uma Análise*, 67 e Cristina M. Araújo Dias, *O crédito*, 212 e 226, Clara Sottomayor, *Uma análise crítica do novo regime do divórcio*, 38 e Jorge Duarte Pinheiro, *Direito da Família Contemporâneo*, 2013, 473.

manifestadas na exposição de motivos do Projecto de lei n.º 509-X<sup>62</sup>. É certo que a versão do artigo 1676.º, n.º 2 proposta neste projecto de lei não coincide com a que veio à luz com a Lei n.º 61/2008, no entanto, a referência à situação de uma “*contribuição* de um dos cônjuges para os encargos da vida familiar *exceder manifestamente* a parte que lhe pertencia nos termos do número anterior” (itálico nosso) já se encontra lá, até em posição de maior destaque como único requisito.

Na verdade, apesar da maior visibilidade que as contribuições financeiras sempre tiveram, o percurso iniciado pelo legislador em 1977 com o reconhecimento da relevância da contribuição doméstica para os encargos da vida familiar conhece seguimento, em 2008, com a consagração do crédito compensatório, em virtude, *também e em primeiro lugar*, destas contribuições.

A opção legislativa de acolher deste modo a gestão doméstica e o cuidado dos filhos assume particular relevância nos casos em que os cônjuges escolhem o figurino clássico da mulher dona-de-casa, mas também nas outras situações em que os contributos não são igualitários<sup>63</sup>. Na verdade, a sociedade portuguesa – e consequentemente o seu direito – tem de lidar com um fenómeno acentuado de “dupla tarefa das mulheres” (ou uma jornada de trabalho plural) – em que o cônjuge do sexo feminino, além de desenvolver uma actividade profissional, remunerada, ainda leva a cabo a maior parte das tarefas domésticas. Daí que seja relevante não só a admissibilidade destas duas formas de contribuição<sup>64</sup>, mas também o facto de não terem de ser assumidas de forma exclusiva, podendo ser cumuladas.

Apesar desta valoração igualitária ao nível dos princípios jurídicos, a realidade mostra-nos que o trabalho no lar ou de cuidado dos filhos é muitas vezes camuflado no contexto do casamento e apresenta-se como irrelevante no contexto do divórcio. E foi, de facto, a consciência desta realidade por parte do legislador que motivou a figura do artigo 1676.º, n. 2. Semelhante preocupação perpassa no contexto ibérico,

<sup>62</sup> Exposição de motivos e versão do Decreto 232/X (Aprovado em 4 de Julho de 2008) [DAR II série A Nº.141/X/3 2008.07.25 (pág. 11-21)]. Na verdade, na exposição de motivos alerta-se que o “trabalho realizado pelas mulheres no contexto familiar, hoje acumulado com o trabalho que desempenham no exterior, não é valorizado no contexto do casamento e permanece ainda mais invisível quando surge o divórcio” e para a necessidade do “reconhecimento da importância decisiva para as condições de vida e equilíbrio da vida familiar dos contributos da chamada esfera reprodutiva, isto é, dos cuidados com os filhos e do trabalho doméstico”.

<sup>63</sup> Do estudo de 2011 da OCDE, “Society at a glance”, resulta que as mulheres portuguesas despendem quase quatro horas mais (232 minutos) do que os homens em trabalho não pago (maioritariamente trabalho doméstico) por dia. Consultar em [http://www.cite.gov.pt/pt/destaques/complementosDestqs/Society\\_Glance\\_2011.pdf](http://www.cite.gov.pt/pt/destaques/complementosDestqs/Society_Glance_2011.pdf). (consultado em Novembro de 2012). No quadro de uma comparação internacional, as disparidades do contexto português tornam-se particularmente evidentes - só na Índia, no México e na Turquia é esta diferença maior. pp. 16, 17 e 19 do estudo.

<sup>64</sup> Leonor Beleza, *Os efeitos do casamento*, 111.

corporizando diversas figuras compensatórias. Vejam-se os institutos do artigo 1438 do Código Civil e do artigo 232-5.1 do Código Civil catalão (anteriormente no art. 41 do *Codi de família*), pensados para o contexto da separação de bens, bem como a Lei n.º 10/2007, de 20 de Março, da Comunidade de Valência (art. 13). Na verdade, nestas disposições prevê-se que um cônjuge terá direito a requerer uma compensação com fundamento no cômputo do trabalho para a casa enquanto contribuição para as *cargas* (art. 1348 CCiv espanhol), ou do trabalho para a casa sem retribuição ou com retribuição insuficiente (artigo 232-5.1, n.º 1 do CCiv catalão) ou ainda, na formulação valenciana, da “valorização do trabalho para casa” enquanto colaboração para o levantamento das *cargas del matrimonio*. E, mesmo no âmbito de um instituto que prossegue propósitos compensatórios diversos - a rebaptizada *compensación* do artigo 97 do Código Civil espanhol, que visa compensar o desequilíbrio económico causado pela separação ou divórcio - a “dedicação passada ... à família” é um dos elementos a ponderar, embora aqui apareça como circunstância a ter em conta na determinação do montante. Já no instrumento francês homólogo, a *prestation compensatoire*, que se dirige à compensação da “disparidade que a ruptura do casamento criou nas condições de vida respectivas” dos cônjuges, a referência não é directa, mas mediada pelas “consequências das escolhas profissionais feitas por um dos cônjuges durante a vida comum para a educação dos filhos” (arts. 270 e 271 do *Code Civil*). Importa, assim, definir o que se pode entender por trabalho doméstico ou, de forma mais abrangente, por gestão doméstica.

Geralmente a ideia de trabalho doméstico remete para as transformações físicas mais frequentes do lar - cozinhar, limpar lavar. Esta é, todavia, uma definição muito limitada, já que o trabalho no lar e os cuidados que são prestados a filhos (e mesmo outros familiares), envolve mais do que a simples prática destas tarefas. Na verdade, estão aqui implicados conceitos de “direcção”, “gestão” e “disponibilidade”, cuja tradução em termos de tempo, intensidade ou esforço é dificilmente concretizável<sup>65</sup>.

Não é pela natureza do trabalho que podemos chegar à sua definição e consequente distinção relativamente ao trabalho profissional. Não é o carácter material ou intelectual que os distingue. Na verdade, o trabalho profissional pode ser puramente material, e o trabalho doméstico, ou melhor, o conceito mais amplo

---

<sup>65</sup> Maria Aranzazú, *Los deberes personales*, 373 e Joan Tronto, *Moral Boundaries*, 101 ss, sobre a definição de cuidado.

de gestão doméstica, apresentando embora uma componente material, também manifesta uma faceta de cariz intelectual muito forte, nomeadamente no que diz respeito ao cuidado dos filhos e às relações sociais da família<sup>66</sup>. Mas há algo que distingue estruturalmente estes dois tipos de trabalho, no contexto do regime da contribuição. Vimos que com o trabalho profissional os cônjuges só contribuam indirectamente para o sustento do lar conjugal; com o trabalho doméstico essa contribuição é directa, satisfaz as necessidades familiares sem necessidade de mediação de outra actividade e esgota-se nessa satisfação<sup>67</sup>.

Todavia, o facto de se consumir na satisfação das necessidades não obsta ao reconhecimento do *valor económico* desta actividade<sup>68</sup>. Para além do valor económico, a lei reconhece *igual valor jurídico ao trabalho* doméstico e ao trabalho profissional<sup>69</sup>. Assim, neste contexto, vai valer o chamado “postulado da equivalência” (*Gleichwertigkeitspostulat*) entre trabalho doméstico e trabalho profissional (remunerado), dotados de igual dignidade, mas também apresentados como formas igualmente adequadas para cumprir a obrigação de contribuir para os encargos da vida familiar<sup>70</sup>.

Quererá esta opção fundamental significar que um cônjuge pode assumir apenas a gestão doméstica, libertando o outro totalmente destas tarefas?

Não parece que se possa sustentar que a lei imponha um dever de exercitar a capacidade de trabalho no lar<sup>71</sup>. No entanto, devemos entender esta afirmação com algumas reservas. É certo que não existe no nosso ordenamento jurídico uma norma com o significado atribuído ao preceito que consagrou o dever de repartir as responsabilidades domésticas - art. 68 do Código Civil espanhol, resultante da

---

<sup>66</sup> Angelo Falzea, *Il dovere di contribuzione*, 637.

<sup>67</sup> Angelo Falzea, *Il dovere di contribuzione*, 637.

<sup>68</sup> Cf. *infra*.

<sup>69</sup> Ver M. Paradiso, *I rapporti personali*, 75 ss e F. Ruscello, *I diritti e i doveri*, 1059 e 1060. Ruscello apelida-a de uma “paridade equilibrada”, ou seja “relacionada com as específicas potencialidades participativas a nível patrimonial de cada membro”. Tal caracterização distingue-a das obrigações comuns, para o que concorre também a valoração como iguais dos “contributos concretos dos indivíduos, apesar da diversidade de conteúdo ou modalidade de prestação e quanto à (possível) quantia concreta”.

<sup>70</sup> Nina Dethloff, *Familienrecht*, 69.

<sup>71</sup> No ordenamento jurídico francês, Cornu considera que o *devoir d'assistance* faz nascer entre os cônjuges uma *obligation conjugale de travail* - “Il les lie, au sens large, par une obligation mutuelle de coopération ménagère” – mas acrescenta que hoje – ao contrário da concepção tradicional *de la femme au foyer* - esta obrigação é recíproca, podendo qualquer dos cônjuges trabalhar fora, permanecendo o outro no lar, ou ambos assumirem actividades exteriores, tendo assim que partilhar as tarefas domésticas. Cornu, *Droit Civil. La Famille*, 59.

reforma de 2005, que consagra um dever pessoal de co-responsabilidade<sup>72 73</sup>. No entanto, não é possível deixar de perspectivar a possibilidade de coincidência de facto de actividades que se traduzem na contribuição para os encargos da vida familiar e outras que se traduzam no cumprimento do dever de cooperação, na sua vertente de *assunção conjunta das responsabilidades familiares*<sup>74</sup>. E, se é certo que isto não significa uma distribuição igualitária da actividade doméstica, também é verdade que dificulta a delegação de algumas tarefas, inclusivamente no outro cônjuge, como o cuidado dos filhos. Esta é, aliás, uma actividade que exige um esforço particular, tanto em termos de tempo como do ponto de vista do seu conteúdo<sup>75</sup>. Daí que, mesmo quando seja admissível que um dos cônjuges assuma primordialmente esta função, o contributo realizado deva ser especialmente valorizado.

No quadro traçado por estas exigências, todavia, os cônjuges são livres para acordar que um não contribua com a prestação de trabalho doméstico<sup>76</sup>, de acordo com uma lógica de especialização dos contributos de cada um<sup>77</sup>. É certo que se ambos os cônjuges exercerem uma profissão, terão em princípio de contribuir com uma prestação pecuniária e fazer o trabalho doméstico<sup>78</sup>, ainda que não seja em igual medida. Na verdade, a actividade profissional é geralmente limitada em termos de trabalho e de tempo, o que permite as prestações de serviços na casa. Mas, no caso de não se efectuar este tipo de contribuições, terá, em princípio, de aumentar a sua contribuição pecuniária para compensar o *deficit* de trabalho doméstico através

---

<sup>72</sup> Art. 68.º, 2.ª parte do Código Civil espanhol: “Deberán, además, compartir las responsabilidades domésticas y el cuidado y atención de ascendientes y descendientes y otras personas dependientes a su cargo.”

<sup>73</sup> A doutrina espanhola lê na sua introdução uma ideia de repartição das tarefas domésticas, mais do que a assunção conjunta das responsabilidades familiares, que já decorria do dever de socorro mútuo. Maria Aranzazú, *Los deberes personales*, 369.

<sup>74</sup> Dúvidas acrescidas relativamente à existência de um dever de realizar tarefas no lar surgem actualmente no ordenamento jurídico espanhol. Na verdade, se é certo que até à reforma de 2005 (Ley 15/2005, de 8 de julio) a doutrina não considerava que a lei impusesse, nem para o regime de separação, nem para o regime da sociedad de gananciales (nos âmbitos dos quais a contribuição para os encargos da vida familiar se regula de forma separada) a obrigação de contribuir com o seu trabalho para a casa, a não ser que esta actividade derivasse das obrigações de ajuda ou socorro mútuo, ou em actuar sempre no “interesse da família”, todavia com a recente consagração do dever de coresponsabilidade nas tarefas domésticas e cuidado de terceiros equaciona-se esta possibilidade. Maria Aranzazú, *Los deberes personales*, 289.

<sup>75</sup> Sublinhando este esforço especial, do ponto de vista material e temporal, ver Nina Dethloff, *Familienrecht*, 65.

<sup>76</sup> Maria João Vaz Tomé, *O direito à pensão*, 185. O mesmo acaba por ser reconhecido no contexto espanhol, apesar da exortação do art. 68. Lacruz Berdejo et al., *Elementos*, IV, 64.

<sup>77</sup> Neste sentido, Nina Dethloff, *Familienrecht*, 69.

<sup>78</sup> Nina Dethloff, *Familienrecht*, 69.

da contratação de serviços de terceiros<sup>79</sup>. O recurso aos serviços de terceiros será, aliás, admissível, por via de regra por parte de ambos os cônjuges e mesmo simultaneamente, abdicando ambos da prática de serviços domésticos e entregando-os a terceiros, que os assumam profissionalmente.

Todavia, esta entrega dificilmente poderá ser total. Se é certo que há tipos de actividades em que existe uma verdadeira fungibilidade (limpeza da casa, tratamento de roupa, marcação de consultas, tratamento de impostos, etc.), há outras em que isto dificilmente acontecerá. Relativamente a tarefas como comparecer nas reuniões escolares, acompanhar filhos em tratamentos médicos ou no estudo, não parece ser possível sustentar que é indiferente serem levadas a cabo por algum dos cônjuges ou por terceiros. Assim, naquilo que seja indispensável para manter a “comunhão de vida”<sup>80</sup>, tem de haver participação de um ou de ambos os cônjuges.

#### 1.1.2.2. Contribuições de natureza financeira

O acolhimento incontestado do trabalho de gestão doméstica e de cuidado dos filhos no preenchimento do conceito de contribuição invocado no artigo 1676.º, n.º2, não nos pode impedir, todavia, de considerar a sua extensão a outro tipo de contribuições. Desde logo, a letra da lei não o veda, tanto mais que no n.º 1 da norma em apreço se esclarece que as contribuições para os encargos da vida familiar podem ser realizadas tanto pela realização daquelas tarefas como pela afectação dos seus recursos. E a *ratio* da norma (que, como teremos oportunidade de desenvolver, visa responder às consequências de investimentos desiguais dos cônjuges no casamento) não o exclui *a priori*.

É certo que as contribuições que extravasam a gestão doméstica não costumam passar despercebidas e, não raro, recebem já outra resposta por parte do ordenamento jurídico. No entanto, existirão outros contributos com especial relevância que poderão merecer ser compensados e podem não encontrar outra resposta adequada senão no quadro do artigo 1676.º, n.º 2.

---

<sup>79</sup> Nina Dethloff, *Familienrecht*, 65. Para Dethloff, aquele cônjuge que não é capaz de proporcionar metade da contribuição para os encargos pode e deve ocasionalmente contar com ajuda externa. *Idem*.

<sup>80</sup> Antunes Varela, *Direito da Família*, 337.

A primeira modalidade de cumprimento do dever de contribuição para os encargos da vida familiar é apresentada pela lei como a *afecção dos recursos* dos cônjuges *àqueles encargos* (art. 1676.º, n.º 1, do Código Civil). Pensamos que também esta pode ser relevante para fundar o crédito compensatório. Aliás, a figura portuguesa não parece isolada neste acolhimento. Na verdade, encontramos ordenamentos que sentem a necessidade de reconhecer em termos genéricos os *contributos excepcionais que extravasam a actividade no lar*. Veja-se o caso paradigmático da norma do Código Civil suíço (ZGB) que prevê, no art. 165, II, que a contribuição para o sustento da família por parte um cônjuge numa medida consideravelmente superior àquela a que estava obrigado, com o seu rendimento ou património, lhe concede o direito a uma indemnização equitativa (“angemessene Entschädigung”, “indemnité equitable” ou “equa indennità”, consoante a versão oficial)<sup>81</sup>. Estão aqui implicados não só rendimentos do trabalho (*Erwerbseinkommen*) mas também rendimentos do património (*Vermögensertrag*)<sup>82</sup>, e ainda o património. Isto pode acontecer não só quando estes bens são consumidos, para fazer face à manutenção da família sem que a tal estivesse obrigado<sup>83</sup>, mas também quando se disponibilizam para a utilização desta e, por isso, o seu proprietário tenha tido que renunciar aos seus rendimentos do património.<sup>84</sup> Interessa, assim, determinar em que consistem estes *recursos* no nosso contexto.

Uma ulterior aproximação a este conceito é feita no próprio artigo 1676.º, desta feita no seu n.º 4, quando prevê, em caso de incumprimento, que “qualquer dos cônjuges pode exigir que lhe seja directamente entregue a parte dos *rendimentos ou proventos* do outro que o tribunal fixar” [sublinhado nosso]. Assim, os *recursos* que devem ser afectados compreendem estas duas categorias: rendimentos<sup>85</sup> – i.e. *frutos do capital* – e proventos – ou seja, ganhos do *trabalho*<sup>86</sup>.

---

<sup>81</sup> No caso alemão, o tratamento doutrinal das contribuições compensáveis é mais tímido, dado que a norma do §1360b consagra uma presunção de renúncia a esta compensação de *Mehrleistungen*. No entanto, o tratamento dado por Weber-Monecke à questão equaciona a consideração do pagamento de juros e outros pagamentos para um imóvel que sirva como casa da família. Weber-Monecke, Münchener Kommentar, 1360b, 366.

<sup>82</sup> Hausheer, 262 e 263.

<sup>83</sup> Hausheer, 263.

<sup>84</sup> Weber-Monecke, Münchener Kommentar, 1360b, 337.

<sup>85</sup> Jorge Duarte Pinheiro enumera-os: proventos ou ganhos do trabalho pensões, dividendos, os juros, as rendas, mais-valias decorrentes da transmissão de imóveis ou partes sociais, disponibilização de bens próprios. Jorge Duarte Pinheiro, Direito da Família Contemporâneo, 2013, 471.

<sup>86</sup> Pires de Lima, Antunes Varela, *Código Civil Anotado*, vol. IV, 269.

Mas a lei não pode deixar de ir mais longe do que as categorias apontadas pelo n.º 4 do art. 1676.º do Código Civil. Na verdade, esta disposição serve o propósito específico de permitir a um cônjuge exigir daquele que não contribuiu o que for devido e não de definir o que são os *recursos* mobilizáveis em sede de contribuição para os encargos da vida familiar. Assim, há que estender o alcance de *recursos* também ao restante património dos cônjuges<sup>87</sup>. Na verdade, cingir-nos aos *rendimentos ou proventos* deixaria de fora uma forma usual e relevantíssima de contribuir para os encargos da vida familiar – a disponibilização de bem imóvel próprio para responder às necessidades de habitação do casal e da família, bem como aquilo que entendemos por recheio da casa – “o mobiliário e demais objectos ou utensílios destinados ao cómodo, serviço e ornamentação da casa” (art. 2103.º-C do Código Civil)<sup>88</sup>. A utilização destes bens adstritos à vida do lar por parte do cônjuge não proprietário far-se-á ao abrigo de um direito de uso e origina uma protecção que se traduz na impossibilidade de alienar e onerar quer aqueles móveis (artigo 1682.º, n.º 3, al. a) do Código Civil) quer a casa de morada (artigo 1682.º-A, n.º 2 do Código Civil) sem o consentimento do outro, sob pena de anulabilidade (art. 1687.º, n.º 1 do Código Civil)<sup>89</sup>. Neste entendimento amplo dos *recursos* devem ainda incluir-se direitos de que cada cônjuge é titular, nomeadamente direitos reais de gozo sobre bens alheios<sup>90</sup>. Por fim, para além de facultar o uso de bens próprios na vida da família, cada um dos cônjuges deverá contar com a possibilidade de, em situações de emergência e na medida em que os rendimentos não sejam suficientes, recorrer à alienação dos próprios bens<sup>91</sup>.

No âmbito dos recursos a afectar assumem especial relevância os ganhos do trabalho. Nos regimes de comunhão, aliás, o produto do trabalho dos cônjuges constitui o “bem comum por excelência” e é o meio natural de pagar as despesas com os encargos da vida familiar. Mas também num regime de separação, este é um recurso mobilizável, apesar de ser bem próprio de cada um dos cônjuges.

Independentemente do regime de bens os cônjuges devem contar com a sua *capacidade de trabalho* para satisfazer os encargos do lar conjugal, dada a

---

<sup>87</sup> Carbonnier entende que a referência do artigo 214, al. 1) do Code Civil “leurs facultés” compreende tanto os *revenus* como os *capitaux*. Carbonnier, *Droit Civil. La famille*, 469.

<sup>88</sup> Antunes Varela, *Direito da Família*, 358 e também Jorge Duarte Pinheiro, *Direito da Família Contemporâneo*, 471.

<sup>89</sup> Antunes Varela, *Direito da Família*, 358.

<sup>90</sup> Massimo Paradiso, *I rapporti personali*, 87.

<sup>91</sup> Neste sentido, para a lei alemã, Nina Dethloff, *Familienrecht*, 69.



centralidade que o trabalho adquiriu enquanto fonte de sustento no contexto actual. É certo que a lei não faz uma referência expressa ao trabalho profissional<sup>92</sup>, como faz ao trabalho doméstico, mas o trabalho profissional é *fonte directa de rendimentos*<sup>93</sup> que vão integrar os recursos mobilizáveis para responder àqueles encargos. Deste modo, enquanto o trabalho doméstico, como veremos, satisfaz as necessidades familiares de forma imediatamente, sem precisar de ser complementado por iniciativas adicionais, o trabalho profissional constitui, na formulação de FALZEA, um *meio indirecto de contribuição*<sup>94</sup>. Assim, ao contrário da primeira modalidade de trabalho, não se esgota necessariamente na contribuição que faz para os encargos da vida familiar – no caso de existir um excedente, permite direccionar uma parte do rendimento para outros fins, nomeadamente para uma poupança<sup>95</sup>.

Assim, há que determinar se existe uma obrigação de exercitar esta capacidade de trabalho, *i.e.* se há o que podemos apelidar de um “dever de esforço” por parte dos cônjuges e se este se traduz numa obrigação de trabalhar profissionalmente. Esta era uma questão assumia uma particular coloração quando se punha no contexto do casamento de funções diferenciadas, em que a mulher era incumbida do governo doméstico<sup>96</sup>, mas não deixa de ser relevante no quadro actual. Ora, no tratamento deste problema num quadro da consagrada igualdade entre os cônjuges, não podemos deixar de articular duas ideias essenciais – uma de pendor individualista, a liberdade que deve ser reconhecida aos cônjuges nas suas escolhas profissionais, e outra, de cariz comunitarista, o princípio de solidariedade que ilumina as relações entre cônjuges e, em particular, o regime da contribuição.

Deste modo, este princípio implica que os cônjuges ponham a render não só os recursos patrimoniais, mas também os seus recursos pessoais – e assim também a sua capacidade de trabalho – no interesse da família<sup>97</sup>. Daí que a capacidade contributiva daquele seja medida não só pelos recursos financeiros efectivamente

---

<sup>92</sup> Ao contrário da lei italiana (Art. 143 do CCiv italiano), que menciona a capacidade de trabalho, em geral. A sua introdução veio vincar a importância proeminente que o trabalho adquiriu como fonte de sustento relativamente aos “recursos”, os únicos expressamente referidos pela legislação anterior. M. Paradiso, *I rapporti personali*, 87 e 88.

<sup>93</sup> Maria João Vaz Tomé, *O direito à pensão*, 187.

<sup>94</sup> Angelo Falzea, *Il dovere di contribuzione*, 637.

<sup>95</sup> Angelo Falzea, *Il dovere di contribuzione*, 637. Nesta poupança inclui-se, como sublinha o trabalho de Maria João Vaz Tomé, a pensão de reforma. Maria João Vaz Tomé, *O direito à pensão*, 190 e 191.

<sup>96</sup> Neste contexto, Vaz Serra «Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 21 de Junho de 1968», *Revista de Legislação e Jurisprudência*, Ano 102, 265.

<sup>97</sup> Para Paradiso, o princípio solidarístico implica um “dever de esforço”, ou seja, a obrigação de pôr a render os recursos patrimoniais e pessoais de cada um. M. Paradiso, *I rapporti personali*, 85.

existente, mas também pela capacidade do cônjuge de os gerar – com as consequências que determinámos ao nível da medida da contribuição.

Significa isto que a lei impõe aos cônjuges um “dever de trabalhar”?

No exercício do trabalho estão envolvidos importantes aspectos da personalidade, daí que seja essencial salvaguardar a liberdade dos cônjuges nas escolhas profissionais que faça. Assim, a regra será a de que cada cônjuge deve aplicar livremente a sua força de trabalho, de acordo com a sua vontade<sup>98</sup>, em conformidade, aliás, com a opção constitucional que suprimiu o “dever de trabalhar” do art. 58.º, n.º 2 da Lei Fundamental<sup>99</sup>. No entanto, a situação que deriva do *status* de casado impõe considerações adicionais<sup>100</sup>.

Partindo da posição de SANTORO-PASSARELLI, pode avançar-se que a obrigação de manutenção da família se sustenta não só nos bens e rendimentos, mas na “capacidade” de trabalho de cada um dos cônjuges<sup>101</sup>. No entanto, podemos admitir que a falta de uma contribuição que derive do trabalho seja compensada pela afectação de activos patrimoniais. O exercício do trabalho remunerado não assume, porém, o mesmo significado do trabalho doméstico. Na verdade, como vimos, enquanto este constitui uma contribuição directa para os encargos da vida familiar, a actividade profissional releva para estes efeitos na medida em que seja fonte de recursos para fazer face às necessidades familiares. Assim, parece que se estes recursos puderem ser obtidos por outra via (rendimentos de capital, património, direitos de autor, etc.) não existe a necessidade de desenvolver este trabalho<sup>102</sup>. Isto não significa, no entanto, que qualquer afectação desses outros recursos exima o cônjuge de se dedicar a uma actividade remunerada. Na verdade, os encargos da

---

<sup>98</sup> Nina Dethloff, *Familienrecht*, 67.

<sup>99</sup> O “dever de trabalhar” teve já assento constitucional. Figurava na versão originária da CRP, todavia, foi eliminado da redacção revista em 1997. Deixou assim de existir uma imposição da Lei Fundamental nesse sentido, pelo que se pode sustentar hoje a *liberdade de não trabalhar*. Neste sentido também Jorge Duarte Pinheiro, *Direito da Família Contemporâneo*, 2013, 453,454, nota 758. E se após a Revisão Constitucional de 1997 (que suprimiu a referência a um dever de trabalhar, constante do art. 58.º, n.º 2 da CRP, na versão da revisão de 1989), é menos controversa entre nós a existência de uma vertente negativa na liberdade de trabalho. Assim, a liberdade de trabalho e a liberdade de escolha do género do trabalho obstam a qualquer forma de trabalho forçado ou obrigatório. J. J. Gomes Canotilho, Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. I, 765 e 766.

<sup>100</sup> Neste sentido, entre outros, Jorge Duarte Pinheiro, *Direito da Família Contemporâneo*, 453,454, nota 758, F. Ruscello, *I rapporti personali fra coniugi*, 275.

<sup>101</sup> Francesco Santoro-Passarelli, *Diritto e doveri reciproci*, 512 e 513.

<sup>102</sup> Mas se exercer um tipo de trabalho for o único contributo possível, como afirma Duarte Pinheiro, o abandono do seu exercício pode implicar uma violação do dever de assistência. Jorge Duarte Pinheiro, *Direito da Família Contemporâneo*, 2013, 471.

vida familiar determinam-se em concreto de acordo com um conjunto de critérios entre os quais figuram as condições sociais da família. Ora, se a recusa em exercer uma actividade remunerada, em conformidade com a preparação e as capacidades do cônjuge, implicar que a família tenha de assumir um “nível de vida sensivelmente inferior àquele de pessoa em análoga condição social”, essa recusa pode considerar-se injustificada<sup>103</sup>. Este juízo dependerá, assim, da avaliação em concreto da situação do indivíduo inserido no seu específico enquadramento familiar e social. O que parece ser de aceitar é que, sendo exercida uma profissão a tempo inteiro ou garantido que seja um nível de vida digno – ainda que a escolha profissional efectuada possa desconsiderar uma oportunidade de trabalho mais bem remunerada –<sup>104</sup> esta opção do cônjuge seja perfeitamente legítima, em conformidade com as exigências do regime da contribuição em particular, e com os fins do casamento em geral.

Todavia, na maior parte dos casos, as famílias dependem do produto do trabalho para se sustentarem. Assim, e não obstante o facto de se reconhecer valor económico à actividade doméstica, não serão raras as situações em que os cônjuges não podem optar por se dedicar exclusivamente a esta. Assim, a liberdade de optar por exercer apenas a actividade doméstica, em detrimento da actividade profissional, estará claramente limitada quando um cônjuge tem de fazer face a obrigações próprias de alimentos (por exemplo, relativamente a filhos de outros relacionamentos ou a ex-cônjuge)<sup>105</sup>. Mas também quando é essencial um segundo salário para a sobrevivência da família. Em muitos casos em que não há recursos disponíveis em montante suficiente, só existindo uma justificação ponderosa (por exemplo, a doença de filho obrigar a cuidados permanentes por parte de um progenitor) poderemos assistir a um cônjuge dedicar-se exclusivamente ao trabalho do lar e do cuidado da família, sob pena de falta de cumprimento do dever de assistência.

---

<sup>103</sup> M. Paradiso, *I rapporti personali*, 89.

<sup>104</sup> M. Paradiso, *I rapporti personali*, 89.

<sup>105</sup> Nina Dethloff, *Familienrecht*, 65.

### 1.1.3. Objecto das contribuições para os encargos da vida familiar

#### 1.1.3.1. Definição dos “encargos da vida familiar”

A contribuição para os encargos da vida familiar descola de uma noção elementar do “*budget* doméstico”<sup>106</sup> que é dirigida à realização da “exigências existenciais dos membros da comunidade familiar”<sup>107</sup>, das “necessidades materiais do grupo”<sup>108</sup>, ou melhor, dos membros do grupo familiar. Ora, face à impossibilidade de considerar todas as necessidades individuais automaticamente como necessidades da família<sup>109</sup>, é necessário delimitar quais são abrangidas pelo conceito de *encargos da vida familiar*.

À semelhança de outros ordenamentos jurídicos<sup>110</sup>, deparamo-nos com um quadro de indefinição legal. Não é avançado um conceito, não se fornece uma tipologia, nem é delineado um critério de selecção daquelas que são as necessidades servidas. No entanto, a referência feita aos “encargos da vida familiar” indica que o legislador optou por se afastar tanto de uma expressão que os limitasse aos “encargos *do casamento*” como às “*despesas domésticas*”.

Por um lado, pode avançar-se que tais “encargos” não se referem apenas à *vida matrimonial*<sup>111</sup>. Veremos que as necessidades visadas não são unicamente as tituladas pelos cônjuges. No entanto, para além disso, não estão em causa apenas necessidades ligadas a uma estrita consideração da vida em comum. É certo que a expressão “encargos da *vida familiar*” acentua a sua vertente colectiva, no entanto, não podemos deixar de entendê-la como um *instrumento terminológico* que recolhe

---

<sup>106</sup> G. Cornu, *Droit Civil. La Famille*, 69.

<sup>107</sup> F. Ruscello, *I diritti e i doveri*, 1065.

<sup>108</sup> M. Paradiso, *I rapporti personali*, 83.

<sup>109</sup> F. Ruscello, *I diritti e i doveri*, 1061.

<sup>110</sup> Francesco Ruscello, *I diritti e i doveri*, 1061, Massimo Paradiso, *I rapporti personali*, 83, Marcel Kremer, *Das Prinzip der Familiären Solidarität*, 36. Notando esta ausência na lei portuguesa, v. Jorge Duarte Pinheiro, *O Direito da Família*, 2013, 469.

<sup>111</sup> Por exemplo, o ordenamento jurídico espanhol, o Código Civil, no seu artigo 1.362, 1.º, refere-se às *cargas del matrimonio*, mas a justificação dada por Lacruz Berdejo para não se adoptar a expressão *carga familiar* é a de que costumam ser os cônjuges que sustentam a família e não o inverso. José Luis Lacruz Berdejo; Francisco de Asís Sancho Rebullida et al., *Elementos de Derecho Civil*, t. IV, Família, 4. Ed., Dykinson, Madrid, 2010, p. 35. Também no contexto francês a referência é feita às “*charges du mariage*”. Malaurie, Philippe, Fulchiron, Hughes, *La Famille*, 694. Para distinção entre *cargas del matrimonio* e *cargas familiares*, Isabel Miralles González, «El deber de contribución a las cargas del matrimonio», *Revista Jurídica de Catalunya*, Any LXXXVI, núm. 3, 1987, p. 594.

o conjunto dos interesses familiares<sup>112</sup>, permitindo distinguir no seu interior os interesses relativos a particulares necessidades de cada membro. Assim, além da satisfação de necessidades colectivas, compreende também as *necessidades pessoais* - nomeadamente de cada um dos cônjuges<sup>113</sup> - que são cunhadas como verdadeiras exigências familiares<sup>114</sup>. Foi, aliás, a consideração destas necessidades pessoais que levou, no contexto alemão, a configurar o “dinheiro de bolso” (*Taschengeld*) como um elemento integrante do *Familienunterhalt*, de forma a permitir que o cônjuge não activo profissionalmente - ou só activo de forma negligenciável - satisfaça as suas necessidades pessoais conforme necessário<sup>115</sup>, de forma a, através deste mecanismo solidário, garantir a igualdade entre os cônjuges<sup>116</sup>.

Por outro lado, descolando os “encargos da vida familiar” das “*despesas domésticas*”, o legislador abandonou o conceito utilizado para efeitos homólogos na lei anterior - as “despesas de dispensa”<sup>117</sup>.

De facto, apesar de o ponto de partida na configuração destes encargos serem as despesas de interesse comum que são originadas pela *vida en ménage*<sup>118</sup>, tal não significa que os “encargos da vida familiar” se esgotem nas despesas domésticas. Na verdade, ainda que os cônjuges vivam efectivamente juntos, são configuráveis despesas que ultrapassam as que dizem respeito estritamente ao orçamento *doméstico* comum<sup>119</sup>, como veremos. Para além disso, concluímos *supra* que podemos continuar a tratar de “encargos da vida familiar”, ainda que os cônjuges vivam fisicamente separados, desde que não se configure uma situação de separação

<sup>112</sup> Angelo Falzea, *Il dovere di contribuzione*, 611 e F. Ruscello, *I diritti e i doveri*, 1061.

<sup>113</sup> Varela, Antunes, *Direito da Família*, 358. A lei alemã entendeu fazer referência expressa a estas necessidades no seu §1360a (1) BGB, incluindo no *Familienunterhalt*, “die persönlichen Bedürfnisse der Ehegatten”.

<sup>114</sup> Massimo Paradiso, *I rapporti personali tra coniugi*, 75.

<sup>115</sup> Nina Dethloff, *Familienrecht*, 71. Veja-se, a este propósito, a decisão do BGH em *FamRz – Zeitschrift für das gesamte Familienrecht*, Heft 1, 45. Jahrgang, 1. Januar 1998, 608-609.

<sup>116</sup> Justifica-se que se estenda o “dinheiro de bolso” aos filhos, embora com uma amplitude e significado diferente; não se visa através deste instrumento a construção da igualdade entre pais e filhos, mas antes conceder-lhe um instrumento para uma progressiva afirmação da sua autonomia, entendida *cum grano salis*. Assim, o seu montante deve ser também apenas o suficiente para servir este fim.

<sup>117</sup> Ainda encontramos este conceito na versão original do Código Civil de 1966 (cf. art. 1677.º). V Pires de Lima; Antunes Varela, *Código Civil Anotado*, vol. IV, 270. O novo texto do artigo 1676.º, reproduzindo os dois princípios fundamentais consagrados na primitiva versão do n.º 2 do art. 1677.º completou o regime do dever de contribuição para os encargos da vida familiar (e não apenas para as despesas domésticas) com a contemplação de alguns aspectos omissos na redacção inicial do preceito.

<sup>118</sup> G. Cornu, *Droit Civil. La Famille*, 69.

<sup>119</sup> Nina Dethloff, *Familienrecht*, 70.

de facto, tal como a definimos. Assim, será difícil uma determinação abstracta das categorias de necessidade com relevância<sup>120</sup>, tendo em conta, que a definição de *quais* são as necessidades *daquele* grupo familiar e a sua *extensão* dependem do tipo de existência que configuraram, particularmente das concretas condições económicas e sociais dos cônjuges<sup>121</sup>.

O profundo enraizamento da definição dos encargos da vida familiar na *existência solidariamente partilhada* dos cônjuges faz com que o critério adequado para aquilatar da sua extensão qualitativa (quais as necessidades abrangidas) e quantitativa (qual a medida das necessidades coberta pela contribuição dos cônjuges) não possa coincidir com o que preside à obrigação alimentar geral<sup>122</sup>. É certo que existe uma ligação genérica entre as figuras, já que em ambas são visadas as despesas que são necessárias à vida<sup>123</sup>. No entanto, os alimentos correspondem, por regra, a um mínimo vital<sup>124</sup> e os encargos da vida familiar *são mais* do que o coberto pela obrigação alimentar geral<sup>125</sup>. Na verdade, não se trata somente de fazer subsistir um cônjuge necessitado<sup>126</sup> – a contribuição para os encargos da vida familiar, aliás, não supõe uma situação de necessidade do cônjuge<sup>127</sup> – mas de providenciar o suporte material quotidiano para a família conjugal, de forma a assegurar que os cônjuges (simultaneamente credores e devedores) beneficiem de igual condição<sup>128</sup>, em conformidade com o *princípio solidarístico*.

Doutrinal e legislativamente, tem-se lançado mão de diversas formulações de conteúdo aproximado, para balizar as necessidades servidas pela contribuição aos encargos da vida familiar, – estas devem estar em consonância com o *trem de vida do casamento*<sup>129</sup>, com as *condições económicas e sociais*<sup>130</sup> ou com os *usos e*

<sup>120</sup> Neste sentido também, Jorge Duarte Pinheiro, *O Direito da Família*, 469.

<sup>121</sup> Maria João Romão Carreiro Vaz Tomé, *O Direito À Pensão de Reforma*, 186 e 187.

<sup>122</sup> J. P. Remédio Marques, *Algumas notas*, 165.

<sup>123</sup> Cornu, Gérard, *Droit Civil. La Famille*, 69.

<sup>124</sup> Neste sentido, Cornu, Gérard, *Droit Civil. La Famille*, 69, inclusive nota 38, que aponta como excepção o “devoir de secours” que se segue ao divórcio por ruptura da vida em comum, que deve “cobrir largamente o conjunto das necessidades, ao menos se admitirmos que não se cumula com a *prestation compensatoire*”. No direito espanhol, sobre a maior amplitude das *cargas matrimoniales* relativamente aos alimentos *stricto sensu*, do art. 142 do Código Civil espanhol, v. Moreno Mozo, Fernando, *Cargas del matrimonio y alimentos*, 93.

<sup>125</sup> Philippe Malaurie, Hughes Fulchiron, *La Famille*, 4. Ed., Paris, Defrénois, Lextenso éditions, 2011, p. 694.

<sup>126</sup> Jean Carbonnier, *Droit Civil. La famille. L'enfant, le couple*, 497.

<sup>127</sup> Philippe Malaurie, Hughes Fulchiron, *La Famille*, 694.

<sup>128</sup> Philippe Malaurie, Hughes Fulchiron, *La Famille*, 694.

<sup>129</sup> Por exemplo, Cornu, Gérard, *Droit Civil. La Famille*, 69 e Malaurie, Philippe, Fulchiron, Hughes, *La Famille*, 694.

*circunstâncias* da família<sup>131</sup>. Quais são os *factores*, subjacentes a estas formulações, modeladores das necessidades que são encargos da vida familiar?

Desde logo, há que ter em conta a *capacidade económica* da família - os rendimentos do trabalho e do capital e outros activos patrimoniais - complementada pela *capacidade de trabalho* dos cônjuges, que contribuem por esta via também de forma *directa* para os encargos. A estes elementos que configuram a capacidade contributiva dos cônjuges, juntar-se-ão as *condições sociais da família*, que, na presença de rendimento adequado, permitem que se procure o padrão para medir as necessidades de cada núcleo de acordo com o teor de vida a que estão habituadas as pessoas de condição análoga. É neste enquadramento que surge o quarto factor, que é simultaneamente o material aglutinante dos já mencionados - a *autonomia dos cônjuges*<sup>132</sup>.

Na verdade, em última análise, será a vontade dos cônjuges que determina o nível de vida da sua família e que tem a palavra final sobre o círculo (mais preciso) destas necessidades. O primeiro momento em que se poderá manifestar será o *acordo prévio* sobre a direcção da família, nos termos do n.º 2 do art. 1671.º do Código Civil. No entanto, apesar da admissibilidade teórica de tal acordo prévio, será mais facilmente configurável que a vontade dos cônjuges se exprima nos acordos destes detectáveis na sua concertada actuação quotidiana<sup>133</sup> (“l’obligation s’exécute sans que l’on pense”<sup>134</sup>). Como defende FALZEA, esta vontade continuamente reconstruída, *rebus ipsis ac factis*, é aliás mais consentânea com a recusa de uma cristalização da existência comum<sup>135</sup>.

Ora, sendo esta vontade uma *vontade situada*, não está livre da forma como os outros factores enunciados interagem com ela. É esta interacção, aliás, que vai determinar as necessidades em concreto. Na verdade, seguindo a análise de FALZEA,

---

<sup>130</sup> Vejam-se, por exemplo, Jorge Duarte Pinheiro, *O Direito da Família Contemporâneo*, 2013, 469 e Diogo Leite de Campos, *Lições de Direito da Família*, 260.

<sup>131</sup> Moreno Mozo, Fernando, *Cargas del matrimonio*, 139. No direito espanhol, os “usos e circunstâncias da família” aparecem como critério delimitador das *cargas matrimoniales*.

<sup>132</sup> São estes os factores enunciados e explicados por Massimo Paradiso, *I rapporti personali tra coniugi*, 85, embora não coincidamos plenamente com ao Autor na ordem da sua apresentação.

<sup>133</sup> V. Lima, Pires de; Varela, Antunes, *Código Civil Anotado*, vol. IV, 268, para quem o referido acordo prévio nunca é elaborado, definindo-se os encargos da vida familiar a pouco e pouco, “com a prática quotidiana dos actos realizados por cada um dos cônjuges coma aquiescência ou sem a reacção do outro”.

<sup>134</sup> J. Carbonnier, Jean, *Droit Civil. La famille*, 497.

<sup>135</sup> Angelo Falzea, *Il dovere di contribuzione*, 637.

quanto maior for a *capacidade de contribuição* da família, maior será o seu *nível de vida* e, portanto, também as *necessidades* daquele grupo familiar. A medida destas, por sua vez, determina a medida da contribuição dos sujeitos obrigados<sup>136</sup>. Daqui decorre que a contribuição e as necessidades sejam marcadas pelas notas da *elasticidade* e da *relatividade*<sup>137</sup>.

O âmbito *mínimo* das necessidades a serem satisfeitas pelo dever de contribuição conjugal encontra-se definido pelas *necessidades primárias* do grupo familiar, aquelas que dizem respeito à sua *subsistência*<sup>138</sup> <sup>139</sup>. Apesar da objectividade do critério que postula a adequação a estas necessidades, nem neste cenário do nível mínimo se perde o mencionado *carácter relativo* das necessidades<sup>140</sup>. De facto, tudo depende das concretas condições da família, que determinam que o que é essencial num contexto possa ser considerado secundário num diferente enquadramento sócio-económico<sup>141</sup>. Ora, quando se está compelido a assegurar este nível mínimo das necessidades, os cônjuges devem aplicar todos os recursos de que disponham para garantir a sua satisfação, comprometendo-se ao máximo esforço nesse sentido, em consonância com as exigências de solidariedade familiar<sup>142</sup>. Assim, a este nível, o conteúdo mínimo das necessidades determina a contribuição exigível.

Mas como este núcleo restrito das necessidades a satisfazer pode ser – e será, em princípio, – alargado em função da livre determinação que os cônjuges façam de quais são as necessidades implicadas pelo “teor de vida” da família<sup>143</sup>, a partir deste ponto estaremos perante um leque crescente de múltiplas necessidades. Estas serão as que os cônjuges entendem garantir uma adequada manutenção e o livre desenvolvimento da personalidade dos diferentes membros da família, de acordo com a ordem de prioridades delineada<sup>144</sup> num quadro de razoabilidade. O círculo de

<sup>136</sup> Angelo Falzea, *Il dovere di contribuzione*, 636 e Paradiso, *I rapporti personali*, 75.

<sup>137</sup> Idem e também Ruscello, *I diritti e i doveri*, 1064.

<sup>138</sup> Massimo Paradiso, *I rapporti personali tra coniugi*, 83 e 84 e Angelo Falzea, *Il dovere di contribuzione*, 636.

<sup>139</sup> Moreno Mozo considera que este mínimo pode ser identificado com aquilo que pode ser exigido a título de alimentos *stricto sensu*. Fernando Moreno Mozo, *Cargas del matrimonio*, 93.

<sup>140</sup> Massimo Paradiso, *I rapporti personali tra coniugi*, 84.

<sup>141</sup> Massimo Paradiso, *I rapporti personali tra coniugi*, 83 e Francesco Ruscello, *I diritti e i doveri*, 1064.

<sup>142</sup> Angelo Falzea, *Il dovere di contribuzione*, 636 e Francesco Ruscello, *I diritti e i doveri*, 1064.

<sup>143</sup> V. as “dépenses d’agrément” do direito francês. J. Carbonnier, *Droit Civil. La famille*, 497. E, ainda, M. Paradiso, *I rapporti personali*, 84.

<sup>144</sup> Moreno Mozo, Fernando, *Cargas del matrimonio*, 92.



necessidades-encargos da vida familiar encontra o seu limite máximo (rígido e inelástico) naquilo que pode ser suportado pela capacidade contributiva dos cônjuges<sup>145,146</sup>

A determinação das *categorias de necessidades* abrangidas é tarefa complexa. No entanto, podemos atentar no esforço de concreta densificação do conceito de “encargos da vida familiar”, tanto a nível jurisprudencial como doutrinal, que foi realizado no âmbito da responsabilidade por dívidas dos cônjuges. Na verdade, o art. 1691.º, n.º 1, b), do Código Civil, lança mão dos *encargos normais da vida familiar* como fundamento para considerar as dívidas contraídas para lhes ocorrer como sendo da responsabilidade de ambos os cônjuges. Assim, há que determinar se estamos perante o mesmo conceito.

As dívidas contraídas para ocorrer aos “encargos normais da vida familiar” são caracterizadas pela nossa doutrina como dívidas de pequeno valor, correntes ou periódicas, entre as quais se contam as dívidas com alimentação, vestuário ou saúde. Trata-se, no fundo, de despesas *normais*, atendendo ao seu valor, mas também à sua natureza – tipo de bem, direito ou serviço adquirido – e tendo em conta o nível de vida dos cônjuges<sup>147</sup>. Deste modo, parece à partida que os encargos da vida familiar para efeitos de responsabilidade por dívidas se avaliam pelos mesmos critérios que são comumente invocados para concretizar os encargos objecto da contribuição conjugal.

No entanto, no quadro de outros ordenamentos jurídicos, não há unanimidade quanto à identificação das figuras homólogas destes “encargos”. No direito francês, tanto encontramos quem considere a definição das *dépenses du ménage* decalcada sobre aquela de *charges du mariage*<sup>148</sup>, como quem defenda existir maior amplitude na noção de *charges du mariage* relativamente às *dettes ménagères* a que se refere o art. 220.º do *Code Civil*<sup>149</sup> 150. Na verdade, reconhece-se que todas as *dettes*

<sup>145</sup> Angelo Falzea, *Il dovere di contribuzione*, 636

<sup>146</sup> Angelo Falzea, *Il dovere di contribuzione*, 636.

<sup>147</sup> Fernando Brandão Ferreira Pinto, *Causas do divórcio*, 83, Coelho, F. M. Pereira; Oliveira, Guilherme de, *Curso de Direito da Família*, Vol. I, 4. Ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2008, p. 408, J. P. Remédio Marques, *Algumas Notas*, 60, nota 77, Dias, Cristina M. Araújo, *Do Regime da Responsabilidade por Dívidas*, 192.

<sup>148</sup> G. Cornu, *Droit Civil*, 70.

<sup>149</sup> A. Colomer, *Droit Civil*, 54 e 55.

<sup>150</sup> No direito francês, as “*dettes ménagères*” obrigam solidariamente os cônjuges, a não ser que: i) representem despesas excessivas relativamente ao “trem de vida do casal”; ii) sejam empréstimos, “actos perigosos a priori”, salvo nos casos em que sejam módicos, necessários e dada a sua destinação usual; iii) sejam compras a prestações (“*achats à tempérament*”). Philippe Malaurie, Hughes Fulchiron, *La Famille*, 699 e 700 e J. Carbonnier, *Droit Civil. La famille*, 470. A

*ménagères* são *charges du mariage*, mas admitem-se outras despesas que, apesar de não caírem no âmbito do art. 220.º do *Code Civil*, podem integrar o dever de contribuição. Também para a doutrina espanhola dominante, as *cargas del matrimonio* têm um carácter mais amplo do que o conceito de *deuda doméstica*, a que se refere o art. 1.319 do Código Civil espanhol, ao aludir às *necesidades ordinárias da família*<sup>151</sup>. Em Itália, as despesas contraídas “nell’interesse della famiglia” (art. 186 do Código Civil italiano) abrangem mais do que os “bisogni della famiglia”, bastando que daí advenham vantagens para a família<sup>152</sup>.

Mas, ainda que se admita que há uma sobreposição dos conceitos – e que as dívidas que originam responsabilidade comum tem na base exactamente aqueles encargos familiares que obrigam os cônjuges a uma contribuição recíproca -, certo é, todavia, que a consideração dos “encargos da vida familiar” nos dois contextos dá lugar a *mecanismos diferentes*<sup>153</sup>. Isto será particularmente evidente se a *questão da dívida nem surgir*, o que acontecerá frequentemente quando a satisfação das necessidades familiares se dê sem que se recorra a recursos alheios. Mas continuamos a tratar de planos distintos, ainda que a resposta a estas necessidades envolva que uma dívida seja contraída.

Todavia, apesar da distinção dos planos em que operam parece-nos que tem sentido útil exportar as considerações a respeito das dívidas da responsabilidade de ambos os cônjuges para densificar o conceito de “encargos da vida familiar” no âmbito do dever conjugal do art. 1676.º do Código Civil<sup>154</sup>. Na verdade, os “encargos *normais* da vida familiar” serão sempre o tipo de despesas assumidas pelos cônjuges no âmbito do dever de contribuição. É certo que podemos equacionar a possibilidade de não haver total coincidência entre os conceitos. Na verdade, até do ponto de vista da formulação literal existe uma diferença – o art. 1676.º refere-se a “encargos da vida familiar” sem mais e o art. 1691.º, n.º 1, al. b) usa a expressão

---

lei portuguesa não se refere à inclusão de dívidas que implicam a realização de um empréstimo ou uma compra a prestações na al. b) do n.º 1 do art. 1691.º do Código Civil, mas segundo Cristina Dias a questão teria “todo o interesse dada a frequência com que, nos nossos dias, esses negócios se praticam”. Cristina Dias, *Do Regime da Responsabilidade por Dívidas*, 198 e 199.

<sup>151</sup> Lacruz, *Elementos*, 35. Justifica esta posição por as *cargas del matrimonio* compreenderem, além das dívidas domésticas, ainda as *atenciones personales* de cada um dos cônjuges que entrem no conceito de “sustento da família” do art. 1.362 do Código Civil espanhol.

<sup>152</sup> C. M. Bianca, *Diritto Civile*, 117, 118, Bonilini, *Manuale di Diritto di Famiglia*, 123.

<sup>153</sup> Neste sentido, Cornu, Gérard, *Droit Civil. La Famille*, 70 e Lacruz Berdejo et al., *Elementos*, 125.

<sup>154</sup> Daí que nos referiremos à jurisprudência nacional relativa ao âmbito do art. 1691.º, n.º, al. b) do Código Civil para exemplificar aquilo que na óptica da prática jurídica nacional têm sido considerados “encargos da vida familiar”.

“encargos *normais* da vida familiar” [itálico nosso], o que pode levar a crer que os encargos para efeitos de responsabilização por dívidas sejam entendidos de forma mais estreita do que na óptica da contribuição dos cônjuges<sup>155</sup>. De facto, em abstracto, é possível que às despesas *normais* acresçam outras que os cônjuges, no exercício da sua autonomia, entendam convencionar.<sup>156</sup>

Da letra da lei retira-se claramente que estão incluídos os encargos respeitantes à “manutenção e educação dos filhos” e depreende-se que estarão em causa também os que dizem respeito ao lar (art. 1676.º, n.º 1, do Código Civil). A lei portuguesa não lança mão de expressões de alcance mais geral, como por exemplo o *sostenimento*<sup>157</sup> da lei espanhola, mas, tal não poderá significar que, por exemplo, são apenas abrangidas a “manutenção e a educação *dos filhos*” (itálico nosso) e não dos outros membros do grupo familiar. Assim, abranger-se-ão outras necessidades além das que resultam expressamente da letra da lei<sup>158</sup>.

---

<sup>155</sup> Parece-nos que quando Remédio Marques escreve “[d]os encargos da vida, por cujo respeito os cônjuges contraem dívidas, só os *normais* se subsumem à previsão do art. 1691.º, 1, b), do CC”, vai precisamente nestes sentido. J.P. Remédio Marques, *Algumas notas*, 61, nota 77.

<sup>156</sup> No caso de dívidas contraídas para fazer face a encargos da vida familiar que se conclua não caberem no âmbito do art. 1691.º, n.º 1, b) por terem carácter excepcional, ainda pode haver responsabilidade comum dos cônjuges, por exemplo, ao abrigo da alínea c) do mesmo artigo (dívidas contraídas em proveito comum). Na verdade, a hipótese prevista na al. b) destacou-se legislativamente das dívidas contraídas em proveito comum no Código de 1966 - Braga da Cruz, *Capacidade patrimonial*, pp. 390 e 391, apesar de se poderem considerar abrangidas pelo conceito de “proveito comum”. Todavia, o novo fundamento destacado permite abarcar despesas que não se podem classificar como verdadeiros actos de administração do património e porque se justifica a responsabilidade comum por tais despesas normais, ainda que tenha sido cônjuge não administrador a suportar o encargo ou se tiver actuado para além dos seus poderes de administração, e mesmo na ausência de proveito comum do casal. V. A. Lopes Cardoso, *Administração dos bens*, 198 e 199 e Cristina Araújo Dias, *Do Regime da Responsabilidade por Dívidas*, 191 e 192. Assim, nestes casos, deixa de ser necessária a prova de que foram contraídas em proveito comum, no âmbito dos poderes de administração do cônjuge. V. Coelho, F. M. Pereira; Oliveira, Guilherme de, *Curso*, 408. Mas isto não obsta a que, provados tais pressupostos, dívidas que caíam fora da previsão a al. b), responsabilizem ambos os cônjuges por serem em proveito comum do casal. O exemplo de Remédio Marques – que distingue dívidas que resultem da falta de pagamento de encargos relacionados com a residência principal (aquisição, renda, despesas com o condomínio, luz, telefone, água...), subsumindo-as à al. b) do art. 1691.º, n.º 1, das dívidas que emergem de gastos com a residência secundária, cuja responsabilidade comum encontra fundamento no art. 1691.º, n.º 1, al. c) – parece-nos poder ilustrar esta situação. J.P. Remédio Marques, *Algumas notas*, 152, nota 191.

<sup>157</sup> Moreno Mozo, Fernando, *Cargas del matrimonio*, 91.

<sup>158</sup> Por outro lado, se, como vimos, só existe dever de contribuir para os encargos da vida familiar quando os cônjuges não se encontram separados de facto, contam-se como “encargos da vida familiar”- fundamento da responsabilidade comum dos cônjuges, despesas que já não são objecto do dever de contribuição destes. Assim, a nossa jurisprudência já considerou da responsabilidade de ambos os cônjuges, apesar de separados de facto, as dívidas contraídas por um dos cônjuges, durante o período da separação, para ocorrer à sua manutenção e à dos filhos do casal. V. Ac. do Tribunal da Relação de Lisboa de 19 de Janeiro de 1979 (Orlando de Paiva V. Carvalho, Augusto Vítor Coelho, Pedro Lima Cluny), 102 e 104. Cristina Araújo Dias, apesar de admitir a dúvida quanto à responsabilidade comum dos cônjuges, nos termos da al. b) do n.º 1 do art. 1691.º do Código Civil, relativamente à dívida de renda no caso de separação de facto, acaba por concluir que a família e as necessidades inerentes ao seu sustento permanecem, pelo que será de manter a responsabilidade comum com aquele fundamento mesmo naquela situação. Cristina Araújo Dias, *Do Regime da Responsabilidade por Dívidas*, 228. No entanto, não tratamos aqui das categorias de encargos, mas sim das condições de funcionamento das regras relativas ao dever de assistência, por um lado, e à responsabilidade por dívidas dos cônjuges, por outro.

À cabeça das necessidades básicas, estarão a coberto as despesas com a alimentação - implicando a aquisição de géneros alimentícios, confeccionados ou por confeccionar, e bebidas, entre outros -, com a higiene, vestuário e calçado<sup>159</sup>, em suma, com tudo aquilo necessário para uma *subsistência física digna*<sup>160</sup>. Seguidamente, há que considerar os encargos respeitantes à vida *no lar*. Aqui figuram a renda do imóvel e despesas de condomínio, gastos de electricidade, água, gás, telefone e *internet*, mas também compra de mobiliário e electrodomésticos e decoração da casa, bem como remunerações devidas pela prestação de serviços domésticos e reparações<sup>161</sup>.

Mais discutível será se os encargos da vida familiar devem suportar a aquisição de imóvel destinado à habitação da família conjugal<sup>162</sup>. Ora, apesar de entre as necessidades essenciais que têm de ser forçosamente cobertas pelo dever de contribuição dos cônjuges se encontrar a de providenciar pela existência de uma residência familiar, a sua aquisição não é a única via para o fazer. Na verdade, entre outros, pode recorrer-se a um imóvel próprio, arrendar ou tomar em comodato<sup>163</sup>, entre outros. É certo que se pode defender que a bitola do trem de vida do casal definirá se aquisição do imóvel se pode incluir ou não nestes encargos. Mas não nos podemos esquecer das implicações desta opção. O regime da contribuição para os encargos da vida familiar funciona, no nosso ordenamento jurídico, à margem dos regimes de bens e é regulado independentemente destes. Tal significa que os cônjuges estão, em qualquer enquadramento de regime, obrigados a contribuir para estes encargos, de forma proporcional, de acordo com os seus recursos<sup>164</sup>. Ora, se virmos nestas despesas, não despesas de manutenção mas de construção de um

---

<sup>159</sup> Pires de Lima; Antunes Varela, *Código Civil Anotado*, vol. IV, 269 e Jorge Duarte Pinheiro, *O Direito da Família*, 2013, 469.

<sup>160</sup> É discutível se o consumo de determinadas substâncias prejudiciais à saúde deve ser incluído neste âmbito. Se é certo que se excluem claramente as substâncias ilegais, há doutrina espanhola a admitir que o “consumo moderado” de substâncias que causem um potencial prejuízo e até adição – como é o caso do álcool ou do tabaco – seja incluído no âmbito do sustento na medida em que tal consumo esteja em conformidade com os usos sociais. Já no caso de estas substâncias prejudicarem a saúde, o tratamento e reabilitação farão parte da assistência médica. Ver por todos, Moreno Mozo, Fernando, *Cargas del matrimonio*, 95.

<sup>161</sup> Na doutrina portuguesa, ver, por exemplo, Pires de Lima; Antunes Varela, *Código Civil Anotado*, vol. IV, 269 e Pinheiro, Jorge Duarte, *O Direito da Família*, 2013, 469.

<sup>162</sup> No contexto português, Jorge Duarte Pinheiro inclui nos encargos da vida familiar o pagamento de prestação do empréstimo relativa ao imóvel. Pinheiro, Jorge Duarte, *O Direito da Família*, 2013, 469, 458. Já no contexto francês, surgem dúvidas maiores, ancoradas na distinção entre despesas de manutenção, de “consumo” a que a família normalmente fará face com os *revenus*, e os investimentos de capital. V. G. Cornu, *Droit Civil. La Famille*, 69.

<sup>163</sup> Sobre este problema v. Moreno Mozo, Fernando, *Cargas del matrimonio*, 128.

<sup>164</sup> Cristina M. Araújo Dias, *Do Regime da Responsabilidade por Dívidas*, 228.

património imobiliário<sup>165</sup>, furtá-las-emos a uma consideração em sede de dever de contribuição e procederemos ao seu tratamento do ponto de vista do regime de bens aplicável, com a conseqüente assunção do pagamento dos encargos de acordo com a titularidade do bem<sup>166</sup> - apesar da atenuação das diferenças que os regimes de comunhão proporcionam.

As necessidades relativas à saúde serão, à partida, cobertas pelo dever conjugal de contribuição. Aqui estariam incluídos os gastos com assistência médica necessária, seja urgente ou não, ainda que se trate de fazer face a doença extraordinária. É certo que a questão da subida vertiginosa do custo de certos tratamentos médicos tem levantado dúvidas relativamente à sua inclusão nos encargos da vida familiar por excederem manifestamente as *previsões* razoáveis no lar <sup>167</sup>. Parece-nos, no entanto, que nas relações entre cônjuges, atenta a especial solidariedade pessoal que a relação matrimonial implica, esta falta de previsibilidade por si só não pode excluir do *budget* familiar as despesas com a saúde, na medida em que sejam necessárias. Esta inclusão não será tão fácil, todavia, se tais despesas ultrapassarem ostensivamente as possibilidades económicas do casal<sup>168</sup>. Os referidos gastos necessários poderão dizer respeito tanto a serviços prestados por profissionais de saúde - de consultas a intervenções cirúrgicas - como a fármacos, aparelhos e próteses, pagamento de internamento em estabelecimento de saúde ou de reabilitação<sup>169</sup>, em suma, tudo aquilo que seja necessário para assegurar a saúde física ou psíquica. Ora, vimos já que os encargos da vida familiar se adequam ao trem de vida familiar. Assim, a assistência de saúde coberta pelos encargos da vida familiar pode estender-se para além dos gastos necessários, compreendendo os *meramente convenientes*<sup>170</sup>, se tal estiver em conformidade com

---

<sup>165</sup> J. Carbonnier, *Droit Civil. La famille*, 483. Hesitações sobre os empréstimos como dívidas em que havia solidariedade legal dos cônjuges: descartou-se a solidariedade do “*crédit à construction*”, uma vez que a construção de um património imobiliário é um investimento, não uma despesa de manutenção (*entretien*). J. Carbonnier, *Droit Civil. La famille*, 483.

<sup>166</sup> F. Moreno Mozo, *Cargas del matrimonio*, 128. Também não é certo que existindo uma habitação familiar cujo preço se deva no todo ou em parte, esse preço seja *carga del matrimonio*. O preço deve ser suportado por um ou ambos, na medida em que sejam titulares do imóvel. Se a vivenda for *ganancial*, o preço será a cargo dos *gananciales* (art. 1362,2.º CC), mas não uma *carga del matrimonio* (art. 1362, 1.º CC).

<sup>167</sup> G. Cornu, *Droit Civil. La Famille*, 69, nota 36.

<sup>168</sup> Retirando daqui conseqüências ao nível da responsabilidade por dívidas do casal, J. P. Remédio Marques considera que tais despesas que excedam manifestamente o trem de vida do casal originarão uma dívida que, na falta de consentimento do outro, será da exclusiva responsabilidade do outro, pois não se pode reconduzir à al. c), do n.º 1 do art. 1691.º. Marques, J. P. Remédio, *Algumas Notas*, 60, nota 77.

<sup>169</sup> Moreno Mozo, Fernando, *Cargas del matrimonio*, 96.

<sup>170</sup> De acordo com a definição de saúde lata da Organização Mundial de Saúde, Segundo a qual a “saúde é um estado de completo bem-estar físico, mental e social e não a mera ausência de doença. Cf. Preâmbulo da Constituição da

as condições económicas e sociais da família e a definição que os cônjuges fizeram do seu teor de vida<sup>171, 172</sup>

As necessidades de *educação* estão expressamente previstas na lei quando se referem aos filhos. Incluirão mensalidades de colégios, material escolar, actividades extracurriculares ou remuneração de explicadores. Durante a menoridade, o especial enfoque na área da educação dos filhos vem imposto tanto pelos preceitos da Constituição (nomeadamente a consagração do direito ao livre desenvolvimento da personalidade – art. 26.º –, da protecção da infância – art. 69.º – e do direito à educação e cultura – art. 73.º, todos da Constituição da República Portuguesa), como pelos que dizem respeito às responsabilidades parentais, que compreendem o poder-dever de educação (art. 1878.º, n.º 1 do Código Civil). Após a maioridade, os filhos podem ver a sua educação continuar a cargo dos progenitores – e, portanto, integrada nos encargos conjugais – quando, não tendo completado a sua formação profissional, tal seja *razoável*<sup>173</sup> exigir aos pais, e durante o tempo em que é normal que se complete (art. 1880.º do Código Civil). Por fim, a nossa doutrina<sup>174</sup>, à semelhança de figuras similares de outros ordenamentos jurídicos<sup>175</sup>, já teve oportunidade de considerar que os encargos incluem as despesas que visam proporcionar no futuro uma carreira profissional ou artística aos filhos, que podemos entender como uma extensão dos gastos com a educação.

---

Organização Mundial de Saúde, adoptado pela International Health Conference, Nova York, 19-22 de Junho de 1946; assinado em 22 de Julho de 1946 pelos representantes de 61 Estados (Official Records of the World Health Organization, no. 2, 100) e entrada em vigor a 7 de Abril de 1948.

<sup>171</sup> Cf. F. Moreno Mozo, *Cargas del matrimonio*, 97. Daí que não seja necessariamente de afastar a cirurgia estética ou internamento não imprescindível em estabelecimento de reabilitação.

<sup>172</sup> Problemas maiores serão levantados pela prestação de serviços de saúde por quem não está legalmente habilitado na área da saúde, como será o caso de curandeiros ou adivinhos. Todavia, já se defendeu que incluindo a prestação sanitária tanto a saúde física como psíquica e, bastando a mera conveniência, desde que em conformidade com o trem de vida familiar, se tais serviços forem legais e convenientes face àquele padrão, farão parte dos encargos familiares. F. Moreno Mozo, *Cargas del matrimonio*, 100.

<sup>173</sup> No regime português, esta cláusula de razoabilidade é susceptível de ser concretizada através da análise de elementos de natureza objectiva e de natureza subjectiva. Os primeiros dizem respeito às possibilidades económicas do filho, por um lado, e dos pais, por outro. Os requisitos subjectivos prendem-se com perfis relacionados com a pessoa do filho (capacidade intelectual, aproveitamento escolar, capacidade para trabalhar). Sobre estes critérios, ver por todos, J.P. Remédio Marques, *Algumas notas sobre Alimentos*, 295 ss., principalmente pp. 300 ss.

<sup>174</sup> Remédio Marques considera que os encargos incluem as despesas que visam proporcionar no futuro uma carreira profissional ou artística aos filhos, J.P. Remédio Marques, *Algumas notas sobre Alimentos*, 153.

<sup>175</sup> No contexto espanhol discute-se também a inclusão do “estudio de una carrera”. Moreno Mozo considera que o “estudio de una carrera” fará parte das *cargas* quando está dentro dos alimentos (dá como exemplo o caso do filho de 21 anos que cursa com proveito uma licenciatura) e fora dos casos do art. 142 do Código Civil espanhol (relativo aos alimentos), quando os usos e circunstâncias da família o permitam (exemplificando com o filho de 30 anos que, por sua falta de aplicação, continua a cursar estudos universitários). Moreno Mozo, Fernando, *Cargas del matrimonio*, 107 ss.

No entanto, os encargos da vida familiar que respeitam à educação não visam apenas os filhos. Qualquer um dos cônjuges pode sustentar que a sua educação seja coberta pelo dever de contribuição conjugal<sup>176</sup> <sup>177</sup>. Neste sentido pesa o facto de se incluírem nos encargos da vida familiar despesas relacionadas com actividades recreativas ou férias, como veremos, pelo que, por maioria de razão, se justifica que os gastos com a educação o sejam<sup>178</sup>. E mais ainda se considerarmos que uma maior formação dá acesso geralmente a uma melhor posição profissional, com rendimentos acrescidos. Estes rendimentos, se os cônjuges forem casados em regime de comunhão, integrarão os bens comuns (art. 1724.º, a) do Código Civil). E, ainda que os cônjuges tenham optado por um regime de separação, tais potenciais rendimentos fariam com que as disponibilidades económicas desse cônjuge aumentem, reflectindo-se no nível de vida da família, em última análise. Estas contribuições, merecem especial consideração, no âmbito do funcionamento do crédito compensatório do artigo 1676.º, n. 2, pelo que voltaremos a elas quando nos detivermos sobre o caso clássico da contribuição para o *medical school student*, a denominação adoptada no contexto norte-americano.

Para além das necessidades presentes, os encargos da vida familiar estendem-se também às *necessidades futuras e eventuais* dos cônjuges<sup>179</sup>. A lei, como já vimos, não lhes faz referência expressa, ao contrário da lei espanhola, por exemplo, que opta pela menção às “atenciones de previsión”<sup>180</sup>. No entanto, tal não obsta a que se incluam no âmbito dos encargos que impendem sobre os cônjuges, aquilo que, com base nos rendimentos da família, pode ser satisfeito no plano da segurança contra imprevistos vindouros e com gastos futuros<sup>181</sup>. Estes encargos dirão respeito a contribuições quer de natureza voluntária, quer de carácter obrigatório. Assim, dentro do seu amplo espectro encontramos, desde logo, as contribuições para a segurança social<sup>182</sup>. Mas figuram igualmente seguros de vida, de velhice<sup>183</sup>, de

---

<sup>176</sup> Nina Dethloff, *Familienrecht*, 70.

<sup>177</sup> Cf. Adoración Padial Albás, *La obligación de alimentos*, 100.

<sup>178</sup> Na verdade, se já no âmbito dos alimentos se verifica esta inclusão, por maioria de razão, os encargos, que têm potencialmente um alcance mais abrangente, a incluirão.

<sup>179</sup> Ruscello, *I diritti e i doveri*, 1065.

<sup>180</sup> Mas, como a própria doutrina espanhola nota, as “atenciones de previsión” cabem perfeitamente no conceito de sustento. F. Moreno Mozo, *Cargas del matrimonio*, 91.

<sup>181</sup> Ruscello, *I diritti e i doveri*, 1065.

<sup>182</sup> Maria João Vaz Tomé tratou especificamente das contribuições para a segurança social, no contexto da doutrina portuguesa, como “encargos diferidos da vida familiar”, defendendo a sua partilha em caso de dissolução do casamento. Para a Autora, as contribuições para a segurança social podem ser consideradas “um elemento da retribuição do trabalho”, daí que se trate de classificar as contribuições previdenciais “como parte integrante do salário, segundo a teoria do salário previdencial”. Maria João Vaz Tomé, *O Direito À Pensão*, 187, 213, 214, 222 e 223, entre outras.

doença ou de incapacidade<sup>184</sup>, ou em geral destinados a cobrir o risco de desaparecimento ou diminuição dos rendimentos do trabalho de um dos cônjuges. Incluem-se também os seguros escolares, de protecção da casa familiar, bem como o seguro automóvel ou de viagem, entre outros, bem como outras despesas que permitam constituir aforro para satisfazer necessidades futuras, como descontos para sistemas privados de segurança social ou depósitos em contas poupança-reforma, entre outros<sup>185</sup>.

Poderão ser incluídas nos encargos da vida familiar as actividades culturais, desportivas e de lazer, como viagens e férias, na medida em que se adequem aos critérios conformadores analisados, tal como a nossa doutrina<sup>186</sup> e jurisprudência já tiveram oportunidade de reconhecer<sup>187</sup>.

As chamadas obrigações sociais do casal são outro grupo de despesas tradicionalmente incluído. Estas englobam desde a compra de presentes para oferecer em ocasiões sociais, às contribuições para obras ou instituições com que os cônjuges se comprometeram<sup>188</sup>.

Discute-se também se as *litis expensas*, *i.e.* os custos com o processo para proteger qualquer interesse legítimo patrimonial ou extrapatrimonial (filiação, honra, liberdade) dos cônjuges seria um encargo satisfeito pelo seu dever de contribuição. Ora, apesar de não encontrarmos esta situação regulada no nosso ordenamento jurídico, como acontece noutros sistemas<sup>189</sup>, é possível que, consoante a natureza do interesse defendido, incluamos estes custos nos encargos da vida familiar.<sup>190</sup>

---

<sup>183</sup> T. Rauscher, *Familienrecht*, 206.

<sup>184</sup> Beatrix Weber-Monecke, *Münchener Kommentar* (§ 1360a), 320 e Nina Dethloff, *Familienrecht*, 70.

<sup>185</sup> J.P. Remédio Marques, *Algumas notas*, 153.

<sup>186</sup> Pires de Lima; Antunes Varela, *Código Civil Anotado*, vol. IV, 269, Diogo Leite de Campos, *Lições de Direito da Família*, 260, Jorge Duarte Pinheiro, *O Direito da Família*, 2013, 469.

<sup>187</sup> Veja-se o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 28.05.2002, proc. 00110057, in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt), nos termos do qual “[a]s prestações que integram o objecto da aludida obrigação contributiva hão-de corresponder ao necessário para manter - e, se possível, incrementar - a situação económica e a condição social dos membros da família e, bem assim, as demais necessidades de lazer, de recreio físico e espiritual, de realização e afirmação profissional e de expressão e aquisição cultural”.

<sup>188</sup> Pires de Lima; Antunes Varela, *Código Civil Anotado*, vol. IV, 269.

<sup>189</sup> Cf. art. 1318, §3.º do Cciv espanhol.

<sup>190</sup> Cristina Araújo Dias nota isto mesmo do ponto de vista da responsabilidade por estas dívidas ser tratado no âmbito da al. b), do n.º 1 do art. 1691.º do Código Civil, admitindo que, apesar de não haver regulamentação destas dívidas, aplicando-se as regras gerais, algumas delas podem ser dívidas comuns na medida em que se preencham os pressupostos



Por fim, merecem referência os encargos de natureza fiscal<sup>191</sup>, relativamente aos quais não parece ser possível uma resposta unitária quanto ao facto de integrarem os encargos da vida familiar. Assim, na doutrina portuguesa já se considerou como encargo da vida familiar a carga fiscal sobre a casa de morada de família, no domínio do *imposto municipal sobre imóveis*, já sem dúvida se o imóvel for um bem comum<sup>192</sup>, bem como as despesas em matéria tributária que advêm da percepção de rendimentos, em sede de IRS<sup>193,194</sup>.

Para além destas (mais ou menos) amplas categorias, estende-se um conjunto indefinido de despesas que, avaliadas em concreto, poderão ainda vir a ser consideradas encargos da vida familiar. A amplitude deste catálogo faz com que, para DUARTE PINHEIRO, só sejam *inequivocamente estranhas* aos encargos da vida familiar as despesas que de alguma forma sejam contrárias à *ideia de vida em comum*, implicando a violação de deveres conjugais<sup>195</sup>.

#### 1.1.3.2. O caso particular das contribuições para o *medical school student*

Atentemos na situação clássica tratada na doutrina norte-americana como o caso do *medical student syndrome*. A situação cônjuge que sustentou o outro enquanto este se dedicava a obter uma formação académica e profissional elevada e que vê o seu casamento chegar ao fim assim que este obtém o grau almejado é alvo das mais diversas abordagens, tendentes a paliar a iniquidade gerada. Há aqui um contributo para os encargos da vida familiar (que pode incluir também a educação e formação dos cônjuges), mas um dos cônjuges é notoriamente onerado com um esforço muito superior nos seus *apports* – que muitas vezes incluirão a prestação de

---

de pelo menos uma das disposições dos arts. 1691.º e ss. Cristina M. Araújo Dias, *Do Regime da Responsabilidade por Dívidas*, 212.

<sup>191</sup> Neste sentido, na doutrina espanhola, ver Isabel Miralles González, *El deber de contribución a las cargas*, 595.

<sup>192</sup> J.P. Remédio Marques, *Algumas notas*, 60, nota 77. Esta análise de Remédio Marques foi feita a propósito da responsabilidade por dívidas dos cônjuges.

<sup>193</sup> J.P. Remédio Marques, *Algumas notas*, 153.

<sup>194</sup> Já quanto às restantes dívidas fiscais emergentes da falta de pagamento de IRS, o facto de a lei estabelecer a regra da responsabilidade solidária dos cônjuges perante a administração fiscal e de o fisco estar autorizado a extrair título executivo contra ambos, nos termos do art. 1695.º do Código Civil, não significa que todas constituem encargos normais da vida familiar, dado que o facto gerador pode encontrar-se no exercício do comércio ou da indústria. J.P. Remédio Marques, *Algumas notas*, 60-62, nota 77. Nestes casos, segundo o autor, ao nível da responsabilidade por dívidas, serão incluídos no art. 1691.º, 1, c) CC.

<sup>195</sup> Jorge Duarte Pinheiro em *O Direito da Família*, 2013, 470.

trabalho no lar, mas cujo grosso implicará o exercício de uma actividade profissional remunerada tendente a obter um salário para fazer face às despesas da família. Já o outro cônjuge beneficiará de um melhoramento do seu capital humano<sup>196</sup>, que lhe pode trazer claros benefícios patrimoniais, quando se disponha a fazer render os *career assets*<sup>197</sup> no mercado. No contexto norte-americano, estes casos traçaram um percurso jurisprudencial relevante e levaram o *American Law Institute (ALI)* a considerá-los como fundamento para o direito a *compensatory payments* no quadro dos seus *Principles of the Law of Family Dissolution*<sup>198</sup>. Na verdade, o *ALI* consagrou como um dos casos excepcionais em que se concede tal direito independentemente da existência de uma disparidade de capacidade financeira entre os cônjuges o §5.12 dos Princípios (*Compensation for Contributions to the Other Spouse's Education or Training*)<sup>199</sup>. Este tratamento constitui um desenvolvimento da *Theory of Alimony* de Ira Ellman, que pretende reconceptualizar a figura de *alimony* enquanto instrumento para encorajar o comportamento de partilha socialmente benéfico no casamento, através da compensação da perda de capacidade de ganho<sup>200</sup>.

Outro caminho havia sido trilhado anteriormente pelos tribunais – perspectivar estes casos como problemas de *equitable distribution* dos bens conjugais. *O'Brien v. O'Brien do N.Y. Court of Appeals* é considerado o caso pioneiro da abordagem de “licence as property”. Optou por dar tratamento à situação de um cônjuge que sustentou o outro durante o seu curso universitário e especialização em cirurgia pelo prisma da redefinição do grau académico ou profissional como património (*property*) a ser partilhado em caso de divórcio, alegando a

<sup>196</sup> Fernando Araújo define “capital humano” como “a educação, a formação, a tradição de conhecimento e de aptidões técnicas que podem ser objecto de opções de investimento em termos muito similares àqueles que norteiam o investimento em meios de produção.” Investir no capital humano é investir na melhoria das qualidades humanas que se podem traduzir em “incrementos de produtividade e de riqueza – pressupondo-se que existe um ambiente que incrementa o retorno do investimento em educação”. Fernando Araújo, *Introdução à Economia*, 121.

<sup>197</sup> Weitzman define *career assets* como os bens tangíveis e intangíveis que são adquiridos enquanto parte da carreira ou do potencial de carreira de cada cônjuge, incluindo pensões e benefícios pensionísticos, educação profissional, maior capacidade de ganho, seguros de saúde, o valor *goodwill* de um negócio, direito a bens e serviços empresariais e benefícios estatais, tais como segurança social. L. Weitzman, *Marital Property: Its Transformation*, 105.

<sup>198</sup> American Law Institute, *Principles of the Law of Family Dissolution*.

<sup>199</sup> American Law Institute, *Principles of the Law of Family Dissolution*, 889 ss. O tratamento excepcional é justificado pelos autores pelo facto de os acordos entre cônjuges que determinam que um dos cônjuges sustente o outro tendo em vista a formação deste serem vistos como diversos dos restantes *spousal arrangements* e por ser encarado como particularmente inequitativo que um cônjuge abandone o casamento com vantagens na sua capacidade de ganho que adquiriu graças à assistência não compensada do outro. Todavia, são também apontados limites a esta excepção. Só haverá compensação se houver um aumento substancial da capacidade de ganho e caso o divórcio ocorra pouco tempo após a formação ou educação se ter completado. Caso contrário, considera-se que o cônjuge já terá recebido “retorno suficiente”. Neste sentido, ver o caso *Jackson v. Jackson*, 995 P2d. 1109 (Okla.1999).

<sup>200</sup> Ira Ellman, *The Theory of Alimony*, 12.

compreensão do casamento como *economic partnership*<sup>201</sup>. No entanto, esta concepção, apesar de um primeiro fôlego inicial<sup>202</sup> acabou por se revelar minoritária<sup>203</sup>.

#### 1.1.4. Recorte subjectivo das contribuições para os encargos da vida familiar

##### 1.1.4.1. Os cônjuges

No regime actual, a obrigação de contribuir para os encargos da vida familiar, tem como titulares ambos os cônjuges, nos mesmos termos. É o que decorre da lei, segundo a qual tal dever “*incumbe a ambos os cônjuges*, de harmonia com as possibilidades de cada um, e pode ser cumprido, *por qualquer deles*, pela afectação dos seus recursos àqueles encargos e pelo trabalho despendido no lar ou na manutenção e educação dos filhos.” (art. 1676.º, 1).

Embora *ambos* os cônjuges sejam obrigados a contribuir para os encargos da vida familiar, esta obrigação não se aplica aos cônjuges em todas as situações. É verdade que o dever de assistência, sendo um direito conjugal, liga-se “ao estado de casados e subsiste, em princípio, enquanto não se operar uma alteração do estado civil”<sup>204</sup>. No entanto, como vimos, a obrigação de contribuir para os encargos da vida familiar só se mantém enquanto entre os cônjuges haja *comunhão de vida* e, cessando esta, a mencionada obrigação transmuta-se em dever de alimentos. Assim, muito embora esta alteração fáctica não seja de molde a eliminar o dever de assistência, este não permanece nos mesmos termos, como analisaremos.

Todavia, os cônjuges não são os únicos visados na regulamentação deste dever. Na verdade, ao contrário de outros ordenamentos jurídicos até do ponto de vista literal se faz referência à contribuição para os encargos *matrimoniais*<sup>205</sup>, a lei portuguesa alude aos encargos da vida *familiar*. Daí que seja essencial determinar

<sup>201</sup> O'Brien v. O'Brien, 66 NY2d 576.

<sup>202</sup> L. J. Weitzman, *Marital Property: Its Transformation*, 127 ss.

<sup>203</sup> Segundo Ellman, este caso é a única “surviving authority” da abordagem “license as property” e configura mais um testemunho do regime arcaico das relações conjugais e familiares do Estado, do que conceder mérito à proposta. M. Ellman, *The Theory of Alimony*, 69.

<sup>204</sup> Jorge Duarte Pinheiro, *Direito da Família Contemporâneo*, 517.

<sup>205</sup> Lacruz Berdejo et al., *Elementos*, 34.

qual a *família* abrangida por esta enunciação e em que qualidade vai surgir neste contexto.

Não poderemos certamente socorrer-nos aqui de uma subjectivação da família, que nos permita tratá-la como um ente jurídico subsistente por si mesmo. A *família* não é senão os membros que a compõem, daí que seja na definição de quem são tais membros que temos de nos centrar. Esta delimitação não será fácil todavia. Não estão, por certo, incluídos na previsão legal do art. 1676.º, 1 todos aqueles que se encontram ligados pelos laços familiares enunciados no art. 1576.º do Código Civil, nem mesmo atendendo à limitação de produção de efeitos que resulta da lei (art. 1582.º do Código Civil). Pode ser aqui instrumental a noção de agregado familiar<sup>206</sup>, <sup>207</sup> uma noção cara a outras áreas do Direito.

Interessa-nos, é claro, definir aqueles que gravitam em torno da família fundada no casamento e que vêm as suas necessidades satisfeitas pela contribuição para os encargos da vida familiar<sup>208,209</sup> Para tal, parece necessário determo-nos na análise das diferentes categorias de sujeitos que podem estar aqui implicados.

#### 1.1.4.2. Os filhos

##### i. Perspectiva descendente

Desde logo, há que considerar a posição dos *filhos*. Estes são os únicos mencionados na disposição do art. 1676.º, n.º 1, que se refere ao “trabalho despendido (...) na manutenção e educação dos *filhos*” (art. 1676.º, n.º 1, 2.ª parte, do Código Civil) como uma forma de contribuição para os encargos da vida familiar<sup>210</sup>.

---

<sup>206</sup> Jorge Duarte Pinheiro, O Direito Família Contemporâneo, 2013, 469. Duarte Pinheiro considera que estão em causa as “necessidades dos membros do agregado familiar de base conjugal que vivam em economia comum.”

<sup>207</sup> As necessidades podem ser dos cônjuges, filhos e até de outros parentes ou afins associados à mesma economia doméstica - Duarte Pinheiro, O Direito Família Contemporâneo, 2013, 469.

<sup>208</sup> Quanto às necessidades a que nos referimos, trataremos delas infra.

<sup>209</sup> Como nota Nina Dethloff, *Familienrecht*, 68 relativamente ao “Familienunterhalt”, “a pretensão não é da família enquanto tal, mas cada um dos cônjuges tem direito a exigir o pagamento para si.”

<sup>210</sup> Na lei alemã, Marcel Kremer considera que a “família” no sentido do §1360.º S. 1 BGB é constituída pela imagem básica dos cônjuges que vivam em comunidade de vida matrimonial e doméstica e dos filhos comuns, com direito a serem mantidossegundo os § § 1601 e seguintes BGB. Marcel Kremer, *Das Prinzip der Familiären Solidarität*, 32.

Na norma do n.º 1 do art. 1676.º, o legislador referiu-se aos filhos *tout court*, sem distinguir se se trata de filhos menores, ou também maiores, de filhos de ambos ou de um só cônjuge, de filhos conviventes apenas ou ainda de filhos que não convivam com o(s) cônjuge(s)-progenitor(es). Deste modo, para analisar a posição dos filhos no âmbito da contribuição para os encargos da vida familiar impõe-se uma leitura integrada desta disposição com outras soluções do nosso ordenamento jurídico<sup>211</sup>.

Relativamente aos *filhos menores*, a lei impõe um dever de prover ao seu sustento que deriva não só das responsabilidades parentais, mas, fundamentalmente, dos “laços jurídicos de filiação”<sup>212 213</sup>. Em consonância com o conteúdo legalmente plasmado das responsabilidades parentais, incumbe a ambos os progenitores, de acordo com o interesse dos filhos, “prover ao seu sustento” (art. 1878.º, n.º 1 do Código Civil)<sup>214</sup>. Este dever, que extravasa a mera obrigação geral de alimentos, não se confina à satisfação das necessidades básicas do filho<sup>215</sup>, sendo cumprido também através de “prestações de facto infungíveis” por parte dos progenitores, que devem garantir todos cuidados necessários ao pleno desenvolvimento do filho<sup>216 217</sup>. Também diverge da obrigação alimentar comum por, em princípio, ser sempre devido pelos progenitores, desligando-se dos

---

<sup>211</sup> Na lei alemã, o § 1360a (1) *in fine* BGB refere-se claramente aos filhos comuns, com direito a alimentos. Já no contexto espanhol, o art. 1362 do Código Civil, distingue a situação dos filhos comuns e dos filhos de um só dos cônjuges, mas, neste último caso, quando convivam no lar familiar, põe, sem mais, a sua alimentação e educação a cargo da “sociedad de gananciales”.

<sup>212</sup> J. P. Remédio Marques nota que mesmo em caso de decretamento judicial da inibição do exercício das agora designadas responsabilidades parentais não se extingue o dever de sustento e de contribuição para as despesas referidas no art. 1878.º do Código Civil. Isto só acontecerá, em princípio, quando o filho atinge a maioridade ou se emancipa e, mesmo nestes casos, desligando-se do exercício das responsabilidades parentais e fundando-se apenas na relação de filiação, os encargos para efeitos de prosseguimento da formação profissional que habilite ao exercício de actividade profissional, poderá continuar a cargo dos progenitores. Marques, J. P. Remédio, *Algumas Notas*, 57 e 58, nota 72, 71 e 132. Também neste sentido, v. Rosa Martins, *Menoridade, (In)capacidade*, 202, nota 461.

<sup>213</sup> A referência não se pode confinar à filiação biológica, devendo igualmente estender-se à relação adoptiva. Na verdade, quanto aos filhos adoptados plenamente, a lei determina que adquirem “a situação de filho do adoptante e integra-se com os seus descendentes na família deste” (artigo 1986.º, n.º 1 do Código Civil), com todas as consequências que daí advêm, e, no caso de adopção restrita, o art. 1997.º do Código Civil determina que o adoptante exerce as responsabilidades parentais “com todos os direitos e obrigações dos pais”, inclusivamente a obrigação de sustento do filho.

<sup>214</sup> Sobre a noção de “responsabilidades parentais”, seus fundamentos e duração, vide Rosa Martins, *Menoridade, (In)capacidade*, 174 ss.

<sup>215</sup> Vaz Serra, *Obrigação de alimentos*, 30.

<sup>216</sup> J. P. Remédio Marques, *Algumas Notas*, 71.

<sup>217</sup> Tal levou Rosa Martins, em consonância com as designações italiana (*obbligo di mantenimento*) ou francesa (*obligation d'entretien*), a propor o termo “poder –dever de manutenção”, ancorado na terminologia utilizada pelo art. 36.º, n.º 3 da Constituição. Rosa Martins, *Menoridade, (In)capacidade*, 203.

tradicionais condicionamentos ditados pela necessidade do que auferir alimentos e dos recursos do que os há-de prestar<sup>218</sup>.

A manutenção dos filhos menores que convivam com ambos os progenitores, estando estes casados, é certamente abrangida pela disposição do artigo 1676.º, n.º 1, *in fine*, do Código Civil. Em tal cenário, a obrigação de sustento dos filhos, que cabe a ambos os cônjuges-progenitores, fica em parte diluída na obrigação de contribuir para os encargos da vida familiar, também a cargo dos dois cônjuges<sup>219</sup>. Tal não significa que a obrigação de manutenção dos progenitores perca a sua relevância – já que tem um conteúdo mais vasto e existe independentemente da convivência no seio da família *conjugal*<sup>220</sup> – mas significa que, na prática, as necessidades economicamente avaliáveis que também visa satisfazer são asseguradas no âmbito da contribuição para os encargos da vida familiar.

A noção de “convivência” ou, se preferirmos, de “vida em comum”, que é aqui convocada como contexto do cumprimento da mencionada obrigação tem um alcance alargado. Na verdade, não exige que filhos e pais partilhem necessariamente o mesmo espaço físico, a mesma habitação, mas estende-se às situações em que os filhos se encontram fora do lar conjugal (por exemplo, a frequentar estabelecimento de ensino em regime de internato ou no estrangeiro)<sup>221</sup>, mas em que não adoptaram uma existência autónoma<sup>222</sup>. Assim, podemos classificar a “convivência”, neste contexto, como um conceito jurídico, não fáctico, que, no caso dos filhos menores não emancipados, é aferido através do critério da titularidade da fixação da residência do filho junto dos progenitores<sup>223</sup>. Nas situações em que não há vida comum, autonomiza-se um direito a alimentos do filho “não convivente”<sup>224</sup> que, como já referimos, não se identifica com um direito alimentar comum, excedendo a medida dos alimentos regulados nos arts. 2003.º ss do Código Civil<sup>225</sup>. Na verdade,

<sup>218</sup> Maria de Nazareth Lobato de Guimarães, *Alimentos*, 211, e Remédio Marques, *Algumas notas*, 73.

<sup>219</sup> Vaz Serra, *Obrigação de alimentos*, 30, Maria de Nazareth Lobato de Guimarães, *Alimentos*, 211, Teixeira de Sousa, *O Regime Jurídico do Divórcio*, 42, J. P. Remédio Marques, *Algumas Notas*, 67 e 68.

<sup>220</sup> J. P. Remédio Marques, *Algumas Notas*, 75.

<sup>221</sup> Cristina Dias considera que “[a] noção de encargos da vida familiar é mais lata que a mera relação entre os cônjuges (e as simples despesas domésticas, a que se referia a versão original do nosso Código Civil de 1966), podendo abranger os encargos com todos o que vivam *sujeitos às mesmas relações afectivas e económicas, mesmo que não sob o mesmo tecto* (por exemplo, se os filhos estão a estudar longe de casa).” (itálico nosso). Cristina M. Araújo Dias, *Uma Análise*, 59.

<sup>222</sup> J. P. Remédio Marques, *Algumas notas*, 155, nota 197.

<sup>223</sup> F. Moreno Mozo, *Cargas del matrimonio*, 163 e 164.

<sup>224</sup> J. P. Remédio Marques, *Algumas notas*, 155, nota 197.

<sup>225</sup> J. P. Remédio Marques, *Algumas notas*, 64.

tal como os filhos comuns conviventes, que gozam do nível de vida da família em que estão inseridos, os filhos que não se encontram nesta situação devem beneficiar de uma medida de alimentos que os aproxime desta situação, já que não podem ser discriminados em função da convivência<sup>226</sup>.

Querirá isto dizer que as dívidas alimentares relativas a filhos menores comuns fazem parte dos encargos da vida familiar?

Sem dúvida que ambos os cônjuges, sendo os progenitores, são devedores dos alimentos mencionados. Mas questão diferente é determinar se a dívida em causa é da responsabilidade de ambos ou da responsabilidade individual de cada um. A regra é a da responsabilidade individual, sendo necessário invocar um fundamento para justificar a comunicabilidade.

BRAGA DA CRUZ, nos comentários relativos ao anteprojecto sobre a capacidade patrimonial dos cônjuges do Código Civil, considerava que as dívidas alimentares mais não seriam “na generalidade dos casos, do que “encargos normais da vida familiar””<sup>227</sup>, concretizando que o sustento e educação dos *descendentes comuns*, mesmo vivendo em economia separada, cairiam nesta categoria<sup>228</sup>. Esta posição foi acolhida na versão original do art. 1691.º do Código Civil<sup>229</sup>, no entanto, a Reforma de 1977 revogou o preceito do n.º 4. Parece-nos que, face à alteração legislativa e à noção de “encargos da vida familiar”, que reputamos incindivelmente ligada à “vida em comum” (ainda que entendida com flexibilidade), não podemos considerar esta dívida alimentar como um dos mencionados encargos<sup>230</sup>.

Esta conclusão não nos parece que não afecte na prática a dívida relativa ao filho comum menor alimentando. Na verdade, embora este veja funcionar a regra de

---

<sup>226</sup> F. Moreno Mozo, *Cargas del matrimonio*, 87.

<sup>227</sup> Guilherme Braga da Cruz, *Capacidade patrimonial dos cônjuges*, 393 e 394.

<sup>228</sup> O que se retirava do art. 11.º, §4.º (“dívidas que responsabilizam ambos os cônjuges”) do anteprojecto relativo à capacidade patrimonial dos cônjuges: “4. Os alimentos devidos aos *descendentes legítimos comuns* ou de anterior matrimónio de qualquer dos cônjuges e aos filhos ilegítimos perflhados antes do casamento são sempre considerados *encargos da vida familiar*, para efeitos da alínea b) do §1.º, *ainda que o alimentando viva em economia separada.*” (itálicos nossos). Guilherme Braga da Cruz, *Capacidade patrimonial dos cônjuges*, 385 e 386.

<sup>229</sup> A redacção sofreu algumas modificações, no entanto, para incluir os filhos ilegítimos reconhecidos judicialmente antes do casamento, passando a figurar deste modo: “4. Os alimentos devidos aos descendentes legítimos comuns, ou de anterior matrimónio de qualquer dos cônjuges, e aos filhos ilegítimos perflhados ou reconhecidos judicialmente antes do casamento são considerados encargos normais da vida familiar, ainda que o alimentado viva em economia separada.”

<sup>230</sup> Nem o fundamento do proveito comum aqui poderá ser invocado para fundar a comunicabilidade desta dívida. Na verdade, o “proveito comum” consiste. Já Braga da Cruz apontava para a sua desadequação nesta sede, mas especialmente centrado na hipótese que queria salvaguardar da comunicabilidade da dívida de alimentos devidos a filho ilegítimo anterior ao matrimónio. Guilherme Braga da Cruz, *Capacidade patrimonial dos cônjuges*, 393.

que nas dívidas de responsabilidade exclusiva de cada um dos cônjuges respondem os bens próprios de cada um e, subsidiariamente, *apenas* a sua meação nos bens comuns (cf. artigo 1696.º do Código Civil), como filho de *ambos* os cônjuges acaba por poder convocar a totalidade do seu património comum, *i.e.* ambas as meações<sup>231</sup>.

No que diz respeito aos filhos de apenas um dos cônjuges, importa verificar se a sua situação merece um tratamento diferente da dos filhos comuns.

O seu estatuto de *filhos conviventes* depende do mesmo critério invocado para os filhos menores comuns - estão inseridos no lar conjugal (porque é disso que tratamos) do progenitor que detém a sua guarda. Neste caso, o filho beneficiará da contribuição dos cônjuges para os encargos da vida familiar<sup>232</sup>, não podendo deixar de aceder ao nível de vida ao da família em que está inserido. Se assim não fosse, correríamos o risco de não existir uma plena inserção naquele lar, sob pena de causar entraves ao seu bem-estar e desenvolvimento. Na verdade, o filho unilateral não pode, desde logo, sofrer uma discriminação face à categoria dos filhos comuns, que, como vimos, comungam do “trem de vida” assumido pelos cônjuges. Neste sentido depõe o princípio da não discriminação dos filhos nascidos dentro e fora do casamento, com expressa consagração constitucional (art. 36.º, n.º 4 da Constituição da República Portuguesa) e a ideia de não discriminação de filhos nascidos de relações matrimoniais anteriores e posteriores, que se fundará em última análise, no princípio geral da igualdade (art. 13.º da Constituição da República Portuguesa)<sup>233</sup>.

O facto de beneficiar das contribuições dos cônjuges nos termos do art. 1676.º não significa, evidentemente, para o filho que o seu outro progenitor (com que não convive) fique desonerado de contribuir para a satisfação das suas necessidades. De facto, continua obrigado a prestar os amplos alimentos de que é credor o filho menor, para fazer face ao seu sustento em termos cabais<sup>234</sup>. Uma vez recebida, a

---

<sup>231</sup> No entanto, a não inclusão das dívidas alimentares relativas a filho nos encargos da vida familiar, terá consequências noutra sede, como veremos.

<sup>232</sup> Neste mesmo sentido, J. P. Remédio Marques, *Algumas notas*, 155 ss.

<sup>233</sup> Neste sentido, Remédio Marques, que lembra não existir prioridade da família inicialmente constituída pelo obrigado. J. P. Remédio Marques, *Algumas notas*, nota 198.

<sup>234</sup> Vários esquemas de articulação das contribuições de padrastos e madrastas com as dos progenitores não residentes podem ser pensadas. Vejam-se os caminhos trilhados por diferentes Estados norte-americanos. Em alguns casos, o papel ambíguo dos padrastos e madrastas leva a que, não obstante não lhes ser exigido directamente que providenciem ao sustento do enteado que com eles resida, o seu nível de rendimentos seja contabilizado para efeitos de cálculo da própria obrigação de alimentos do progenitor não residente. Outras soluções optam por dividir o encargo do sustento dos filhos por progenitor não residente e por padrasto, caso este disponha de um nível elevados de recursos. Por fim, pode assistirse à opção de avaliar em concreto a relação com o enteado para determinar se deve haver uma contribuição económica do padrasto. Ver Jessica Troilo, *Stepfamilies and the Law*, 613.



pensão de alimentos será, em princípio, gerida pelo progenitor residente, que a canalizará também para o levantamento dos encargos do lar em que está inserido que aproveitam ao filho.

A paridade de tratamento dada aos filhos comuns e aos filhos unilaterais afecta, de forma particular, o cônjuge que não é o progenitor, mas que convive com o seu enteado. Ora, se é certo que a posição da madrasta ou do padrasto enquanto devedores de alimentos se encontra delimitada pela *fattispecie* do n.º 1, alínea f) do art. 2009.º, do Código Civil, também é verdade que a opção legislativa de obrigar estes afins quando, à morte do seu cônjuge *viviam com o enteado*, por este estar a cargo daquele, não é neutra. Na verdade, embora não demonstre a existência de um dever de a madrasta ou padrasto sustentar o enteado durante a vida em comum, depreende que o enteado comungava dos seus contributos económicos. Parece, no entanto, que a solução defendida não se funda em qualquer efeito associado à relação de afinidade, mas é antes um efeito do casamento<sup>235</sup>, da “plena comunhão de vida” que caracteriza o casamento. Em suma, trata-se de um dever face ao outro cônjuge - o progenitor - que, face à “dependência existencial” (*existentielle Abhängigkeit*)<sup>236</sup> do filho menor relativamente à sua pessoa, tem de ser dotado dos instrumentos que permitam facultar-lhe uma plena integração no seu ambiente familiar, terreno fundamental para permitir o livre desenvolvimento da personalidade da criança ou jovem<sup>237</sup>.

Note-se que a solução que aqui admitimos refere-se apenas aos filhos unilaterais conviventes<sup>238</sup>. Na verdade, o cônjuge subsequente tem de contar com a possibilidade de os filhos de anteriores relações (matrimoniais ou não) do seu consorte estejam ou venham a residir com este - inseridos, deste modo, no lar conjugal. Quanto aos filhos do outro cônjuge que sejam concebidos em momento posterior à celebração do casamento, a lei dispõe que só podem ser introduzidos no lar conjugal com o consentimento do padrasto ou da madrasta (art. 1883.º do Código Civil). Assim, relativamente a um filho nascido nestas condições só se estenderão os encargos da vida familiar, pelos quais ambos os cônjuges são

---

<sup>235</sup> Neste sentido, Vaz Serra, *Obrigações de alimentos*, 131.

<sup>236</sup> Dieter Schwab, *Familienrecht*, 200.

<sup>237</sup> Sobre este direito, é ver entre nós Paulo Mota Pinto, O direito ao livre desenvolvimento da personalidade, 163-164, que identifica uma dupla vertente: por um lado, está em causa a tutela da integridade pessoal do sujeito, respeitante à personalidade, “enquanto substrato da individualidade e nos seus mais diversos aspectos”; do outro, encontra-se a tutela da liberdade de acção ou omissão própria, atinente a um direito geral de liberdade.

<sup>238</sup> J. P. Remédio Marques, *Algumas notas*, 155 ss.

responsáveis, se houver consentimento do outro, porque deste depende a coabitação com o enteado. Em ambos os casos, a posição do cônjuge-padrasto/madrasta é iluminada pela noção emergente de “parentalidade social”<sup>239</sup>.

Já no caso do filho de um dos cônjuges que não convive com o casal, parecidos, em conformidade com o que já defendemos relativamente aos filhos comuns não conviventes, e por maioria de razão, que o pagamento da sua prestação alimentícia não pode ser considerado um encargo da vida familiar dos cônjuges, com as implicações do ponto de vista da responsabilidade pelas dívidas que daí advêm. Também neste caso foi afastada a solução original do Código Civil que previa que fossem considerados encargos da vida familiar “os alimentos devidos aos descendentes (...) de anterior matrimónio de qualquer dos cônjuges, e aos filhos ilegítimos perfilhados ou reconhecidos judicialmente antes do casamento (...), ainda que o alimentado viva em economia separada.” (cf. art. 1691.º, n.º 4, do Código Civil, na redacção dada pelo Decreto-lei n.º 47344/66, de 25 de Novembro).

Dir-se-ia que ao ser eliminada esta disposição, também teria sido eliminado o fundamento para responder pelas necessidades dos filhos unilaterais conviventes como encargos da vida familiar. No entanto, como tivemos oportunidade de defender, a inserção no lar conjugal não permite fazer uma distinção sem ofender os princípios de não-discriminação enunciados<sup>240</sup>. Além disso, a formulação legal do art. 1676.º combinada com o entendimento dos encargos da vida familiar como umbilicalmente ligados a uma vida em comum não afasta esta interpretação. Situação diferente verifica-se relativamente aos alimentos que o progenitor tem de prestar ao filho menor que com ele não convive; na ausência de disposição que deponha a favor do seu carácter comum, serão da responsabilidade exclusiva do pai ou mãe – o único obrigado a prestar tais alimentos, que são uma dívida da sua exclusiva responsabilidade.

Significará isto que a garantia dos direitos alimentares destes filhos fica diminuída em face dos novos encargos familiares do seu progenitor, graças a uma decisão - a de contrair (novo) casamento – que lhes é exterior<sup>241</sup>?

---

<sup>239</sup>V. Claire Neirinck, *De la parenté à la parentalité*, 28. Na verdade, as recomposições familiares colocam novas exigências de reconhecer àquele que desempenha o papel de pai ou mãe os direitos e os deveres daquele, “em nome da competência de criar uma criança”

<sup>240</sup>Vaz Serra, *Obrigações de Alimentos*, 130.

<sup>241</sup> Este era o receio manifestado por Braga da Cruz que justificou a solução que veio a adoptar. Braga da Cruz, *Capacidade Patrimonial dos Cônjuges*, 395.

Face à solução defendida relativamente aos filhos comuns – de que a prestação de alimentos que lhe é devida não cabe dentro dos encargos da vida familiar – verificamos que a conclusão é coincidente. Na verdade, cada um dos progenitores responde pelos alimentos individualmente. Acontece que, sendo os progenitores casados, acaba por poder ser chamado o seu património na totalidade. No caso dos filhos unilaterais, nunca há acesso à totalidade dos bens comuns (só, subsidiariamente, à meação que cabe ao progenitor), no entanto, este não é o único progenitor obrigado ao sustento do filho. O outro progenitor (quer com ele conviva ou não) também a isso está vinculado.

Em princípio, o direito a ser mantido pelos pais termina com a maioridade ou emancipação. Todavia, tal obrigação estende-se para além daquelas datas quando o filho ainda não tenha completado a sua formação profissional e “seja razoável exigir aos pais o seu cumprimento e pelo tempo normalmente requerido para que aquela formação se complete” (art. 1880.º do Código Civil). A equiparação legal destes casos aos dos filhos menores permite que nesta situação de dependência económica, em que o filho continua integrado no lar conjugal, as suas necessidades sejam cobertas enquanto “encargos da vida familiar” dos cônjuges.

Para a determinação desta convivência, no entanto, terá de lançar-se mão de outro critério definidor diferente do da residência<sup>242</sup>, já que, relativamente aos filhos maiores, cessaram as responsabilidades parentais. Assim, também neste caso nos inclinamos para não exigir necessariamente a presença permanente no domicílio familiar (o filho encontra-se a prosseguir estudos superiores em país estrangeiro, por exemplo), mas sim a chamada *affectio convictionis* – a vontade de continuar integrado naquele lar<sup>243</sup>. Não havendo esta vontade, ainda que haja partilha de espaço físico, não poderemos considerar que exista convivência.

Na ausência dos requisitos do art. 1880.º CCiv, o *filho maior* perde o direito a ser mantido pelos pais. Todavia, podemos encontrá-lo ainda numa situação dependência económica e vivendo com os pais. É o que acontece quando, na impossibilidade de prestar pensão de alimentos, o devedor de alimentos recebe o alimentando “em sua casa e companhia” para assim prover à sua subsistência (art.

---

<sup>242</sup> Se já afastámos a possibilidade dos alimentos devidos a filhos menores não conviventes serem um “encargo normal da vida familiar”, por maioria de razão, as pensões alimentícias devidas a outros familiares que não partilhem mesa e habitação com os cônjuges serão excluídas deste âmbito.

<sup>243</sup> Moreno Mozos, *Las cargas del matrimonio*, 162.

2005.º, n.º 2 do Código Civil). Em tal hipótese, o(s) cônjuge(s)-progenitor(es) apenas se encontram legalmente vinculados à obrigação alimentar geral, nos limites desta.

Entre pais e filhos, todavia, não existem apenas fluxos no sentido descendente, quando tratamos de contribuição para os encargos da vida comum. A lei estabelece um dever de assistência entre pais e filhos, que compreende a obrigação de “contribuir, durante a vida em comum, de acordo com os recursos próprios, para os encargos da vida familiar.” (artigo 1874.º, n.º 1 e 2 do Código Civil)<sup>244</sup>.

Relativamente aos filhos menores, apurámos já em que termos se dá a contribuição parental – os pais encontram-se obrigados a um (amplo) dever de manutenção que, no caso de serem casados (ou de o progenitor residente ser casado), encontra resposta no dever conjugal de contribuir para os encargos da vida familiar, mas que existe independentemente da relação conjugal. Mas, para além disso, os filhos menores também podem ser chamados a efectuar a sua contribuição. De facto, o ordenamento jurídico português concede aos progenitores a faculdade de, no exercício da administração dos bens dos filhos<sup>245</sup>, utilizar os rendimentos dos bens do filho para satisfazerem as despesas com o seu sustento, segurança, saúde e educação deste, estendendo, “dentro dos justos limites”, a possibilidade de dar resposta por esta via a “outras necessidades da vida familiar”(art. 1896.º, n.º 1 do Código Civil). É certo que esta faculdade se encontra limitada pela prioridade necessariamente concedida às necessidades enunciadas do próprio filho e condicionada pelo conceito de “justos limites”, o que não obsta a que esta disposição tenha levantado sérias reservas no seio da doutrina nacional. Assim, impõe-se uma *cautelosa aplicação*<sup>246</sup>, atendendo a que é aos pais que incumbe, em primeira linha, prover ao sustento e educação dos filhos menores, não havendo uma obrigação dos filhos de corresponder em termos de igualdade, mas apenas de forma meramente subsidiária, quando especiais circunstâncias o imponham<sup>247</sup>. Complementa este quadro e deve igualmente ser objecto de uma prudente mobilização, o preceito nos termos da qual os pais podem ficar “*desobrigados de prover ao sustento dos filhos (...)* na medida em que os filhos estejam em condições de *suportar*, pelo *produto do*

---

<sup>244</sup> Cf. §1618-a BGB.

<sup>245</sup> J. P. Remédio Marques, *Algumas notas*, 88, nota 115.

<sup>246</sup> Maria Nazareth Lobato de Guimarães, *Alimentos*, 198. Neste sentido também, Pires de Lima, Antunes Varela, Código Civil Anotado, vol. V, 320.

<sup>247</sup> Pires de Lima, Antunes Varela, Código Civil Anotado, vol. V, 319.

*seu trabalho* ou outros *rendimentos, aqueles encargos.*” (art. 1879.º, do Código Civil). Ainda que esta norma possa ser vista como “um resquício do carácter institucional da família, típico das sociedades agrárias anteriores à revolução industrial”<sup>248</sup>, há que ter presente que principalmente em fases de constrangimentos sociais e económicos podem claudicar princípios que pareciam fazer parte de um acervo axiológico irrenunciável das nossas sociedades, tal como os direitos à educação e ao livre desenvolvimento da personalidade. Daí que esta norma não possa significar que os menores devam ser estimulados ou obrigados a assumir uma actividade laboral para prover ao seu sustento<sup>249</sup>.

Apesar de o art. 1874.º classificar o dever de assistência que emerge entre pais e filhos que vivam em comum como *mútuo*, as disposições especiais que regulam a obrigação de manutenção dos pais e os termos de uma eventual contribuição filial quando o filho é menor permitem-nos afinar esta classificação<sup>250</sup>. De facto, a contribuição do filho será apenas *subsidiário* relativamente aos progenitores e não pode pôr em causa o dever dos pais, consagrado constitucionalmente, de “manutenção dos filhos” (art. 36.º, n. 5 da Constituição da República Portuguesa)<sup>251</sup>. Os pais têm a faculdade de se socorrem dos rendimentos dos bens e do produto do trabalho dos filhos para o referido efeito<sup>252</sup>, tendo sempre como pano de fundo o critério orientador do exercício das responsabilidades parentais que é o *interesse do filho*<sup>253</sup> - só uma vez satisfeitas as necessidades deste, podem os progenitores, “dentro dos justos limites” que a lei impõe, canalizar os referidos rendimentos para as “necessidades da vida familiar”.

No que diz respeito aos filhos *maiores* (fora dos casos do art. 1880.º do Código Civil) e aos pais que com eles coabitem, o dever de contribuição para os encargos da

---

<sup>248</sup> Maria Clara Sottomayor, *Regulação do Exercício das Responsabilidades Parentais*, 205.

<sup>249</sup> V. Marques, J. P. Remédio, *Algumas Notas*, 86. Remédio Marques considera “*imoral* que os *rendimentos* dos bens dos filhos possam servir para, *genericamente*, suportar, por um lado, os encargos da vida familiar de todos os membros (...) e, por outro, que o *produto do trabalho* dos filhos possa ser *imediatamente* aplicado para prover ao sustento, segurança, saúde e educação de todos os membros que vivam em economia comum.” *Ibidem*, 84 e 85.

<sup>250</sup> Pires de Lima, Antunes Varela, *Código Civil Anotado*, vol. V, 319.

<sup>251</sup> Em sentido similar, ver também Rosa Martins, *Menoridade, (In)capacidade e Cuidado Parental*, 206.

<sup>252</sup> Cf. Moitinho de Almeida, *Dos alimentos*, 452, Marques, J. P. Remédio, *Algumas Notas*, 88.

<sup>253</sup> Quando muito podemos compreender este dever parental na relação com a mencionada contribuição filial, socorrendo-nos da expressão de Moreno Mozos, *Cargas del matrimonio*, 84 e 85, como dotado de “reciprocidade assimétrica”. Note-se, no entanto, que este autor considera que, no contexto da lei espanhola, os filhos são *sempre* obrigados a esta contribuição. *Idem*.

vida familiar que emerge entre eles é caracterizado pela lei como “mútuo”, implica que ambos sejam simultaneamente contribuintes e receptores.

Sendo, assim, apesar das diferenças de regime, antes e após a maioridade do filho, existem no ordenamento jurídico português deveres de contribuição para os encargos da vida familiar de pais e filhos que vivam em comum. No caso de o contexto do cumprimento de tal obrigação ser a família conjugal, importa perceber as suas ligações. De facto, apesar de o dever de contribuição que emerge entre pais e filhos o dever que liga os cônjuges serem ambos expressão de um princípio de solidariedade familiar, afastam-se um do outro em vários planos<sup>254</sup>. As obrigações em causa têm *origem* diferente: o dever de contribuição conjugal – manifestação do dever de assistência durante a vida em comum - é um dos efeitos do casamento; o dever paterno-filial é um efeito da relação de filiação, que eclode nas situações de convivência.

A contribuição dos cônjuges visa proporcionar àqueles que são visados pelos “encargos da vida familiar” um *nível de vida paritário*. Já na contribuição filial, (sendo os filhos menores), pensamos, com REMÉDIO MARQUES, que esta se deve pautar por um “minimalismo alimentar”, de molde a evitar um “*acentuado – porque chocante – desnível de vida*” entre os membros da pequena família, sem que, em função da contribuição devida, o filho, titular do património, baixe ele mesmo acentuadamente o seu nível de vida<sup>255</sup>. No caso de filhos maiores, a lei aponta no sentido de a contribuição de pais e de filhos ser determinada em função dos recursos próprios de cada um<sup>256</sup>.

A contribuição conjugal, como veremos, é definida pelos cônjuges no exercício do seu dever de acordar sobre a *orientação da vida em comum*. Já relativamente aos filhos menores, não obstante os pais deverem ter em conta a sua opinião nos assuntos familiares importantes<sup>257</sup>, estes não participam directamente na definição dos encargos da família<sup>258</sup>. Por sua vez, a vida em comum de pais e filhos maiores,

---

<sup>254</sup> Relativamente às normas homólogas do BGB (§§1618 BGB e 1353 (1) BGB), Marcel Kremer escreve que representam a institucionalização jurídica da solidariedade familiar. Kremer, Marcel, *Das Prinzip der Familiären Solidarität*, 11.

<sup>255</sup> J. P. Remédio Marques, *Algumas Notas*, 91.

<sup>256</sup> J. P. Remédio Marques, *Algumas Notas*, 82 e 83.

<sup>257</sup> Art. 1878.º, n. 2, 2.ª parte do Código Civil.

<sup>258</sup> Angelo Falzea, *Il dovere di contribuzione*, 633, Massimo Paradiso, *I rapporti personali tra coniugi*, . 295.

que se traduz numa convivência entre adultos, não está enquadrada por qualquer tipo de regulamentação legal quanto à sua direcção.

Por fim, associam-se *consequências* a um comportamento contributivo do cônjuge quando se preenchem os requisitos do artigo 1676.º, 2, do Código Civil, que não encontram qualquer paralelo nas contribuições de pais e filhos, por exemplo, em casos de cessação de convivência entre pais e filhos.

Em suma, embora se refira às necessidades da família, tal como contribuição dos cônjuges, a contribuição dos filhos conviventes “enxerta-se numa relação familiar que envolve o sujeito da contribuição, e que não coincide necessariamente com a relação conjugal”<sup>259</sup>. Assim, só os cônjuges podem demandar e ser demandados para efectuar a contribuição para os encargos da vida familiar, nos termos do artigo 1676.º, n.º 4<sup>260</sup>. E, se é certo que nestes encargos se incluem, como a própria lei prevê, a manutenção e a educação dos filhos (artigo, 1676.º, n.º 1), se a satisfação destas for posta em causa por falta de contribuição de um dos cônjuges, há violação de um dever conjugal, face ao outro cônjuge, portanto<sup>261</sup>.

#### ii. **Perspectiva ascendente**

Até este ponto, a perspectiva de análise que adoptámos centrou-se na convivência de filhos com pais, sendo estes os cônjuges. Todavia, a vida em comum entre pais e filhos no lar conjugal também pode assumir uma “perspectiva ascendente” – *i.e.* com o casal unido pelo casamento convivendo com o(s) pai(s) de um dos cônjuges.

Ora, além dos filhos, não há referência expressa às necessidades de outros familiares no artigo 1676.º CCiv. Daí que se possa pôr a questão se as necessidades

---

<sup>259</sup> Angelo Falzea, *Il dovere di contribuzione*, 631 e 632. E esta “dissociação” comprova-se pelo facto de as necessidades dos filhos encontrarem tutela fora da relação conjugal e de as necessidades da família poderem ser assistidas por contributos filiais mesmo na ausência de relação conjugal. Angelo Falzea, *Il dovere di contribuzione*, 632.

<sup>260</sup> J. P. Remédio Marques, *Algumas notas*, 75, nota 99.

<sup>261</sup> Nina Dethloff, *Familienrecht*, 70. Em sentido análogo se pronuncia Nina Dethloff, no âmbito do §1360 BGB. Para a autora, o §1360 não afecta o direito de alimentos dos filhos relativamente aos pais (§ § 1601 et seq). Segundo o § 1360a, no entanto, cada cônjuge pode exigir do outro uma contribuição para os alimentos dos filhos, e em seu próprio nome, portanto, não apenas através dos direitos de alimentos dos filhos contra os pais, mas também através dos direitos dos pais um contra o outro, os filhos são cuidados.

dos pais que, tal como os filhos são parentes no primeiro grau da linha recta, são servidas pela contribuição conjugal para os encargos da vida familiar.

Apesar da coincidência na contagem do grau de parentesco, o facto de nos estarmos a dirigir a ascendentes muda em muito a perspectiva relativamente à sua situação. É certo que não podemos ignorar a relevância social que tem o acolhimento dos pais em situação de dependência no seio da casa filial<sup>262</sup>, especialmente no quadro de respostas à velhice<sup>263</sup>, tendo em conta uma valorização no quadro do Direito das relações com os ascendentes<sup>264</sup>. No entanto, as exigências de protecção, de promoção da autonomia e do livre desenvolvimento da personalidade não são as mesmas que se fazem relativamente a um filho, mormente um filho menor ou em formação. Não esquecemos aqui que o art. 1874.º tem “duas vias” e também se aplicará a esta situação de convivência do(s) pai(s) no lar conjugal do filho. E, nesse sentido, existem obrigações mútuas de contribuição para os encargos da vida familiar de pais e filhos. No entanto, aplica-se aqui *mutatis mutandis* aquilo que se disse relativamente à contribuição dos filhos maiores com formação terminada e reafirmam-se as diferenças desta relativamente à contribuição conjugal.

#### 1.1.4.3. Outros sujeitos

Poder-se-ia avançar, como o fez Braga da Cruz, que “sob pena das mais lamentáveis e desagradáveis confusões”<sup>265</sup> que teriam de ser considerados encargos normais da vida familiar a satisfazer pelos cônjuges “as despesas feitas com o

<sup>262</sup> Hannelore Jani-Le Bris, *Responsabilidade familiar pelos dependentes idosos* 69. É certo que o figurino tradicional da prestação de cuidados a idosos dependentes em Portugal, tal como nos outros países do sul da Europa, é o da coabitação com os prestadores de cuidados. No entanto, há que notar que a realidade social dos países do sul da Europa, incluindo Portugal, aponta para a existência da prática de partilha de papéis e funções entre vários cuidadores, ora adoptando a solução de passar a responsabilidade pelo cuidado periodicamente, sem que o idoso se desloque, ora tendo a pessoa idosa a circular pelas casa dos filhos. *Ibidem*, 89. No entanto, não serão estranhos também ao nosso contexto social, entre outros factores, porque as famílias se tornaram mais pequenas, o espaço da habitação mais reduzido e as exigências profissionais são maiores. Dieter Henrich, *Zur Eröffnung des 3. Regensburger Symposium*, 4.

<sup>263</sup> Daí que Jorge Duarte Pinheiro escreva que os estes deveres paterno-filiais perdem intensidade quando o filho sai de casa dos pais e “ressurgem com força sobretudo ao serviço dos pais quando estes envelhecem”. Jorge Duarte Pinheiro, *O Direito da Família Contemporâneo*, 275 e 276.

<sup>264</sup> A título de exemplo, veja-se a consagração do direito dos avós às relações pessoais com os netos no art. 1887.º-A, introduzido pela Lei n.º 84/95, de 31 de Agosto. A este propósito, tivemos já oportunidade de nos debruçar, em co-autoria com Rosa Martins, em *O direito dos avós às relações pessoais com os netos na jurisprudência recente*, e a propósito do “Direito de Visita” dos Avós no Contexto Português, 207-217

<sup>265</sup> Braga da Cruz, *Capacidade patrimonial*, 394.



passadio das pessoas que vivem com os cônjuges sob a mesma economia doméstica”, ainda que tais pessoas não fossem titulares de um direito de alimentos. O Autor considerava que vivendo os cônjuges em comunhão de mesa e habitação com outros parentes (ou mesmo estranhos) não teria de se especificar o peso de cada um na economia doméstica e o cônjuge que o suportava. Assim, ambos os cônjuges seriam responsabilizados por estes “encargos normais da vida familiar”, ainda que só derivassem de um deles, a não ser que houvesse acordo em sentido diverso.<sup>266</sup>

Ora, parece-nos não existe qualquer base legal para considerar o critério de “comunhão de mesa e habitação” como suficiente para estender o padrão qualificado da contribuição conjugal à satisfação de outros que não os cônjuges e os filhos nas circunstâncias acima mencionadas. Na verdade, pode haver situações de comunidade de vida entre o casal e outros sujeitos em que a disponibilização de recursos por parte daquele assumam outros contornos.

Assim, se o novo membro da comunidade familiar foi recebido no lar conjugal porque, sendo credor de alimentos de um dos cônjuges, este não os pode prestar senão “em sua casa e companhia” (Art. 2005.º, n. 2, do Código Civil), mal se entenderia que a sua simples inserção no lar conjugal mudasse o enquadramento da sua situação jurídica. No entanto, o facto de os alimentos serem prestados através da fruição por parte do alimentando daquilo que implica o normal funcionamento da casa do devedor de alimentos pode levantar dúvidas quanto à determinação não só de quem suporta o seu sustento, mas também aquilo que é dirigido para esse fim. Não negamos esta dificuldade, mas, apesar disso, vemos utilidade em distinguir o direito a receber alimentos no âmbito da obrigação alimentar geral entre parentes, que se pauta por um padrão minimalista - e que, portanto, facultará ao credor apenas a participação nas vantagens da *ménage* e ainda o restante indispensável ao seu sustento e vestuário -, mas já não lhe dará necessariamente acesso a outras vantagens implicadas na comunhão do nível de vida paritário que é servido pela contribuição conjugal (ex. extras - férias da família). Assim, apesar da dificuldade em realizar esta distinção no dia-a-dia, ela pode ser relevante no âmbito das relações entre cônjuges se houver recurso ao expediente do art. 1676.º, n. 4, por falta de cumprimento por parte de um destes.

---

<sup>266</sup> Idem.

Também importa excluir do âmbito servido pela contribuição conjugal as necessidades de pessoas que, embora vivendo com o casal, o façam ao abrigo de vínculo contratual que implique habitação comum (v.g. sublocação ou hospedagem) e ainda aqueles cuja convivência deriva da prestação de actividade laboral<sup>267 268</sup>.

No entanto, apesar de concluirmos que não basta a vida em comum no lar conjugal para que a obrigação de contribuição conjugal sirva as necessidades de novos membros, podemos ainda equacionar a possibilidade de esta abertura se dar, não por via legal, mas por via convencional, com base no acordo dos cônjuges.

É essencialmente um problema que se põe nas *relações entre cônjuges* – o que é que cada um dos cônjuges pode exigir ao outro a título de contribuição para os encargos da vida familiar. Ora, se partirmos do princípio que o conceito “encargos da vida familiar” legalmente adoptado nos impõe um patamar mínimo (que definiremos), podemos equacionar se é admissível acordo entre os cônjuges no sentido de ampliar aqueles que beneficiam do cumprimento daquela obrigação conjugal. Sendo tal aceite, só existindo acordo poderão outros familiares, mas também pessoas estranhas à família, que vivam com os cônjuges, beneficiar da mencionada integração – e aqui, admitimos, independentemente de serem titulares de um dever de alimentos ou não.

#### 1.1.5. Contribuições para além dos encargos da vida familiar

O passo seguinte na definição das contribuições relevantes para se fundar o crédito compensatório leva-nos a questionar se os comportamentos visados pelo artigo 1676.º, n.º 2, são apenas aqueles que podemos enquadrar na caracterização clássica de “contribuição para os encargos da vida familiar”. A letra da lei é clara e a norma está inserida no artigo com a epígrafe “Dever de contribuir para os encargos da vida familiar”. Ainda assim, importa ponderar se só as contribuições de que tratámos merecem beneficiar deste instrumento.

<sup>267</sup> Neste sentido, ver J. P. Remédio Marques, *Algumas notas*, 153, nota 193. Contra, Antunes Varela, *Direito da Família*, 351.

<sup>268</sup> Note-se que as circunstâncias referidas são também impeditivas da produção dos efeitos jurídicos decorrentes da Lei n.º 6/2001, de 11 de Maio, que adopta medidas de protecção das pessoas que vivam em economia comum (cf. art. 3.º).

#### 1.1.5.1. Outras contribuições relevantes.

O acolhimento de outras contribuições que não se enquadram no conceito de “contribuição para os encargos da vida familiar” ao abrigo do mecanismo do artigo 1676.º, n.2 pode, desde logo, ser vedado a figuras que recebam um enquadramento jurídico diferente, estranho ao Direito da Família. Pense-se em proporcionar recursos económicos ao abrigo de um contrato de mútuo<sup>269</sup> ou de sociedade<sup>270</sup>, ou ainda em contrato de locação que discipline a disponibilização de bem para uso familiar que, a existirem<sup>271</sup>, deixarão claro que os valores entregues ou os bens facultados não foram prestados como contribuição para os encargos da família.

Existem, todavia, outros *apports* que são trazidos para o âmbito da vida familiar, cuja linha de fronteira pode ser muito ténue relativamente à contribuição para os encargos da vida familiar e que encontram o seu enquadramento jurídico no próprio Direito da Família. Pensamos nas condutas adoptadas pelos cônjuges geralmente classificadas como decorrência do dever conjugal de cooperação.

A dificuldade de distinção entre o círculo de influência do dever de cooperação e da obrigação de contribuir para os encargos da vida familiar, enquanto vertente do dever de assistência, é testemunhada pelo próprio tratamento legislativo que estas figuras já mereceram. Na verdade, na redacção do preceito que tratava do dever de assistência dos cônjuges anterior à Reforma de 1977, este era apresentado com um conteúdo amplo que incluía “não só a obrigação de socorro e auxílio mútuos, mas também a de prestação de alimentos e a contribuição para as despesas domésticas” (art. 1673.º na redacção dada pelo Decreto-Lei n.º 47344/66, de 25 de Novembro). Consistia, portanto, num *dever de conteúdo genérico*<sup>272</sup>, que abrangia estas duas facetas.

Com a Reforma de 1977, no entanto, operou-se uma cisão no conteúdo do dever de assistência, que se decompôs num dever homónimo e no dever de

<sup>269</sup> Sobre os problemas levantados por este contrato no âmbito das relações conjugais em regime de comunhão, ver F. M. Pereira Coelho, Guilherme de Oliveira, Curso, 467. Ver também H. Hausheer, *Berner Kommentar*, 269.

<sup>270</sup> Note-se que o contrato de sociedade entre cônjuges se encontra limitado, ao nível da constituição e da participação, ao facto de só um deles assumir responsabilidade limitada (cf. artigo 8.º, n. 1 do Código das Sociedades Comerciais). Ver Rita Lobo Xavier, *Limites à Autonomia*, 236, 237. Ver também H. Hausheer, *Berner Kommentar*, 269 e 270.

<sup>271</sup> Sabemos, no entanto, que apesar de não ser proibida a locação, em regimes de comunhão, a locação levanta problemas de inserção do produto do arrendamento nos patrimónios. F. M. Pereira Coelho, Guilherme de Oliveira, Curso, 467.

<sup>272</sup> Pires de Lima; Antunes Varela, *Código Civil Anotado*, vol. IV, 258.

cooperação. Este último absorveu a obrigação de socorro e auxílio mútuos e incorporou uma nova faceta – a obrigação de ambos os cônjuges assumirem em conjunto as responsabilidades inerentes à vida da família que fundaram (artigo 1674.º do Código Civil). É principalmente esta nova obrigação no âmbito do dever de cooperação que vem introduzir uma nota de perplexidade quando se trata de definir com exactidão quais os comportamentos exigíveis a título de dever de cooperação e quais são pedidos a título de contribuição para os encargos da vida familiar, enquanto vertente do dever de assistência.

LEONOR BELEZA sublinha que a obrigação de ambos os cônjuges assumirem conjuntamente as responsabilidades da vida da família pretende exprimir a ideia de que, independentemente da distribuição de funções que os cônjuges acordem, as responsabilidades da família são, em última análise, de ambos – noção esta que não encontrava tradução no conceito de auxílio, já que este diz respeito à intervenção numa tarefa ou actividade alheia, portanto, não própria daquele que presta o auxílio<sup>273</sup>.

Este significado apontado do novo dever de cooperação não obistou, todavia, a que na doutrina portuguesa se erguessem críticas<sup>274</sup> à denominada “decomposição artificial do *conteúdo* genérico do dever de assistência”<sup>275</sup>, que, segundo Pires de Lima e Antunes Varela, criou uma distinção entre as responsabilidades inerentes à vida da família (art. 1674.º) e encargos da vida familiar (art. 1675.º), que “não se sabe ao certo em que consiste”<sup>276</sup>. Ora, atentas as afinidades entre aquelas vertentes dos (agora) autónomos direitos, há que procurar estabelecer fronteiras relativamente ao seu conteúdo.<sup>277</sup>

Os deveres homólogos em vários ordenamentos jurídicos europeus também se debatem com problemas de definição, no entanto, tem sentido útil atentar no modo como se configuram. É certo, porém, que a sua arrumação dos direitos não coincide necessariamente com a da lei portuguesa e que a polissemia dos termos

---

<sup>273</sup> Leonor Beleza, *Os efeitos do casamento*, 112 e 113.

<sup>274</sup> A primeira crítica dos autores centra-se na compreensão do conceito de assistência: “Por um lado, esquece-se que o *dever lato de assistência permanente* que cada um dos cônjuges assume em relação ao outro com a celebração do matrimónio nada tem de comum com o *dever de assistência caritativa* que o Estado tem para com os pobres e os necessitados, porque é um *dever de cooperação constante* e omnicomprensivo.”

<sup>275</sup> Pires de Lima; Antunes Varela, *Código Civil Anotado*, vol. IV, 258, 259.

<sup>276</sup> Pires de Lima; Antunes Varela, *Código Civil Anotado*, vol. IV, 263 e Antunes Varela, *Direito da Família*, 350 e Carlos Pamplona Corte-Real, *Direito da Família*, 110.

<sup>277</sup> Jorge Duarte Pinheiro, *O Direito da Família Contemporâneo*, 464.

adoptados pelos diferentes ordenamentos jurídicos - *socorro* ou *assistência*, *ajuda* ou *auxílio*, *cooperação* ou *colaboração* – origina algumas diferenças relativamente aos conceitos nacionais/implica alguma cautela na sua convocação.

Em direitos próximos como o espanhol ou o italiano, o conteúdo que repartimos entre o dever de cooperação e o dever de assistência é tratado conjuntamente na lei. Quanto ao dever de socorro e ajuda mútua da lei espanhola, a doutrina actual reconhece uma projecção patrimonial, bem como pessoal, que inclui a mera obrigação de alimentos, mas se estende a toda a cooperação dos cônjuges<sup>278</sup>. O artigo 143 do Código Civil italiano, por sua vez, também recolhe as duas classes de assistência - moral e material – extravasando o que era exigido pelo tradicional *dovere di mantenimento*, para abranger “exigências mais extensas do que aquelas que são satisfeitas pela contribuição e que podem requerer iniciativas pessoais de um relativamente ao outro”<sup>279</sup>.

No contexto português, numa primeira aproximação, diríamos que o dever de assistência apresenta um carácter material<sup>280</sup>, marcadamente económico<sup>281</sup> e que, por esta via o poderíamos distinguir do dever de cooperação. Ora, isto pode ser apenas o ponto de partida da distinção. É certo que na prestação de alimentos e na contribuição para os encargos da vida familiar é mais visível esta natureza material. Mas também é verdade que no dever de cooperação existe uma vertente material e que no direito de assistência as considerações de natureza pessoal não estão de todo ausentes.

A doutrina espanhola que se debruçou sobre o genérico dever de socorro e ajuda mútua aceita um duplo aspecto deste dever – material e moral ou espiritual -<sup>282</sup> mas considera inaceitável desligá-los um do outro, dado que o mencionado dever compreende a atenção a quaisquer necessidades do outro cônjuge, não obstante tentativas de associar a ajuda à atenção a necessidades de natureza pessoal e o socorro a necessidades económicas de materiais, em particular o direito a alimentos<sup>283</sup>.

---

<sup>278</sup> Maria Aranzazú, *Los deberes personales*, 280, 281.

<sup>279</sup> Angelo Falzea, *Il dovere di contribuzione*, 620.

<sup>280</sup> Antunes Varela, *Direito da Família*, 351.

<sup>281</sup> Diogo Leite de Campos, *Lições de Direito da Família*, 259.

<sup>282</sup> Maria Aranzazú, *Los deberes personales*, 274.

<sup>283</sup> Maria Aranzazú, *Los deberes personales*, 267.

Quanto à solução portuguesa, é verdade que, quando se desligou do dever de cooperação, o dever de assistência – e em particular a obrigação de contribuir para os encargos da vida familiar que agora tratamos - assumiu de forma mais clara o carácter patrimonial, mas continua a ser um dever pessoal dos cônjuges, cuja base é suportada pelo seu “carácter moral, ético ou espiritual”<sup>284</sup>, implicando relacionamente ambos os cônjuges um face ao outro<sup>285</sup>.

É certo que pode afirmar-se que, de entre os deveres pessoais dos cônjuges, o dever de assistência é aquele que estabelece de forma mais evidente a ponte com a vertente patrimonial do casamento<sup>286</sup>. São patentes as conexões, nomeadamente, com o regime de bens do casamento<sup>287</sup>, com as regras que regulam a responsabilidade por dívidas dos cônjuges e a relevância da avaliação económica das contribuições. Para além disso, a sua execução “supõe um aspecto material, uma intervenção pecuniária essencial”<sup>288</sup> (cf. art. 1676.º, n.º 4 do Código Civil) . Daí que lhe possamos atribuir uma natureza mista.<sup>289</sup>

O conteúdo da primeira vertente do dever de cooperação - a obrigação de auxílio e socorro mútuos – enraíza-se no *mutuum adjutorium* do Direito Canónico<sup>290</sup> e desdobra-se num *perfil moral* (“assistência moral ou espiritual”) e num *perfil material* (entendido aqui não como contribuição para as despesas domésticas e na prestação de alimentos, mas enquanto “amparo físico ou material”). A sua configuração concreta depende da situação dos cônjuges, das suas particulares necessidades e possibilidades, moldadas pela íntima comunhão de vida que se estabeleceu entre eles<sup>291</sup>, o que quadra bem com a classificação que a doutrina belga faz como *obrigação de facere de conteúdo indeterminado e variável* no tempo e

<sup>284</sup> Maria Aranzazú, *Los deberes personales*, 6

<sup>285</sup> Laurent Voisin, *Les charges du ménage*, 129 e 130.

<sup>286</sup> Noutros deveres, a ligação com a vertente patrimonial não está ausente. Desde logo, o dever de respeito, cuja vocação para abranger todos aqueles deveres que não se encontram expressamente contemplados no elenco do artigo 1672.º, pode incluir deveres que se liguem com os aspectos patrimoniais do casamento – dever de informar sobre a situação patrimonial, que Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira pontam precisamente como exemplo de um dever que poderá caber no dever de respeito ou, então, no de cooperação. Pereira Coelho; Guilherme de Oliveira, *Curso*, 348.

<sup>287</sup> Que determina a natureza própria ou comum dos bens que, posteriormente, serão afectados à satisfação das necessidades da vida familiar.

<sup>288</sup> Laurent Voisin, *Les charges du ménage*, 129 e 130.

<sup>289</sup> Philippe Malaurie ; Hughes Fulchiron, *La Famille*, 588.

<sup>290</sup> Pires de Lima; Antunes Varela, *Código Civil Anotado*, vol. IV, 263 e Antunes Varela, *Direito da Família*, 349.

<sup>291</sup> Pires de Lima; Antunes Varela, *Código Civil Anotado*, vol. IV, 264. Antunes Varela, *Direito da Família*, 349. E sobre este desdobramento de perfis na lei italiana, Massimo Paradiso, *I rapporti personali tra coniugi*, 41.

segundo as circunstâncias. Daqui deriva uma necessária complexidade e a consequente dificuldade de controlo e apreciação exterior<sup>292</sup>.

A obrigação de auxílio e socorro mútuos abrange o apoio na esfera afectiva e espiritual, fundado na disponibilidade para o diálogo e em “atitudes de delicadeza e sensibilidade” de difícil definição, que apoiem o outro cônjuge nas situações de incerteza e dificuldade<sup>293</sup>. E também abarca o apoio nas necessidades da vida quotidiana, destacando-se os cuidados relativos à vida e saúde de cada cônjuge, a defesa da segurança pessoal<sup>294</sup> e do património do outro cônjuge<sup>295</sup> – em cujo âmbito se deve destacar a assessoria e o conselho, aceitação do mandato e de procuração e ainda a gestão sem mandato dos interesses do outro cônjuge e a defesa jurídica dos interesses do outro cônjuge que excedem as obrigações específicas segundo o regime económico matrimonial<sup>296</sup> – o apoio na reclusão, bem como na actividade de estudo<sup>297</sup>. A doutrina tem ainda entendido que a colaboração na actividade profissional do outro cônjuge constitui uma forma de cumprimento do dever de cooperação<sup>298</sup>. Atentas as especiais questões que esta consideração levanta, debruçar-nos-emos mais detalhadamente sobre ela mais adiante.

A amplitude do conteúdo que se pode atribuir à obrigação de socorro e auxílio é impressionante, o que não obsta, todavia, a que lhe sejam impostos limites. Assim, se é certo que um cônjuge tem de apoiar o outro, esta obrigação não pode implicar exigências extremas<sup>299</sup>, como bem testemunha o facto de se considerar a continuação da vida comum limitada pela alteração das faculdades mentais um “sacrifício inexigível” para o outro cônjuge, abrindo-se, nestas circunstâncias, a via do divórcio<sup>300</sup>.

---

<sup>292</sup> Diogo Leite de Campos, *Lições de Direito da Família*, 256.

<sup>293</sup> Massimo Paradiso, *I rapporti personali tra coniugi*, 41.

<sup>294</sup> Antunes Varela, *Direito da Família*, 350.

<sup>295</sup> Teixeira de Sousa, *O Regime Jurídico do Divórcio*, 41.

<sup>296</sup> Maria Aranzazú, *Los deberes personales*, 267

<sup>297</sup> Massimo Paradiso, *I rapporti personali tra coniugi*, 41.

<sup>298</sup> Antunes Varela, *Direito da Família*, 350, Jorge Duarte Pinheiro, *Direito da Família Contemporâneo*, 464, 465.

<sup>299</sup> Duarte Pinheiro aponta estes limites ao dever de cooperação, notando que “a ninguém é exigível um comportamento heróico ou próprio de um mártir”. Jorge Duarte Pinheiro, *Direito da Família Contemporâneo*, 2013, 465. Explora esta situação no caso particular do apoio a cônjuge toxicodependente.

<sup>300</sup> F. M. Pereira Coelho; Guilherme de Oliveira, *Curso*, . 643. Jorge Duarte Pinheiro, *Direito da Família Contemporâneo*, 465.

A decomposição desta primeira vertente do dever de cooperação no *socorro* e no *auxílio mútuo* não assume particular significado. Na verdade, as palavras são quase sinónimas. Dir-se-á que o socorro se dirige a fazer face a situações anormais e graves, de emergência enquanto o auxílio aparece ligado às respostas a questões do quotidiano<sup>301</sup>, mas a relevância jurídica desta distinção não é evidente<sup>302</sup>.

Relativamente à segunda vertente do dever de cooperação, a lei refere-se à assunção “em conjunto [d]as responsabilidades<sup>303</sup> inerentes à vida da família que fundaram” (art. 1674.º do Código Civil). A utrina portuguesa já avançou que esta obrigação não se dirige, em primeira linha, ao outro cônjuge. LEONOR BELEZA defende que tem como beneficiários directos os parentes dos cônjuges e o colectivo familiar<sup>304</sup> e PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA sustentam que compreende “os deveres de carácter *pessoal* que não aproveitam directamente aos cônjuges”. Assim, não pode deixar de traduzir-se na cooperação dos cônjuges nas actividades de apoio, criação e educação dos filhos e, eventualmente, assistência a outros familiares de ambos ou só de um dos cônjuges<sup>305</sup>.

Neste ponto a justaposição entre as actividades implicadas pelo dever de cooperação e pelo dever de contribuir para os encargos da vida familiar, na sua modalidade de trabalho prestado no lar e manutenção e educação dos filhos, parece incontornável. DUARTE PINHEIRO encontra a forma de desenlear os dois deveres notando que o art. 1676.º, n.º 1 não obriga à manutenção e educação dos filhos, procedendo apenas à indicação de uma forma, entre outras, de satisfação da obrigação de contribuir para os encargos da vida familiar<sup>306</sup>. Na verdade, é certo que não existe hoje uma imposição legal de contribuir para os encargos da vida familiar na modalidade de prestação de trabalho na casa ou com o cuidado dos filhos

---

<sup>301</sup> Jorge Duarte Pinheiro, *Direito da Família Contemporâneo*, 465 e Eduardo dos Santos, *Direito da Família*, 140-141.

<sup>302</sup> Mesmo ao nível das consequências da violação do dever de cooperação por parte de um dos cônjuges, é difícil face à lei actual apontar um quadro de sanções estruturado. Na verdade, tendo sido intenção do legislador de 2008 afastar as consequências anteriormente ligadas à declaração de um cônjuge como único ou principal culpado do divórcio, é hoje difícil fazer uma associação directa entre violações deste dever e sanções para o cônjuge prevaricador. É certo que a falta de ajuda ou socorro pode fazer com que o cônjuge incorra em responsabilidade civil, nos termos gerais, para os quais remete o art. 1792.º.

<sup>303</sup> Pires de Lima e Antunes Varela consideram que com “responsabilidades” o legislador se quer referir a “obrigações”. Pires de Lima; Antunes Varela, *Código Civil Anotado*, vol. IV, 263. “, muito embora se não compreenda a razão por que, sendo assim, a lei fala em *responsabilidades* (e não por exemplo em *providências*) e pretende que os cônjuges as *assumam em conjunto*.” Pires de Lima; Antunes Varela, *Código Civil Anotado*, vol. IV, 264.

<sup>304</sup> Leonor Beleza, *Efeitos do casamento*, 113.

<sup>305</sup> Pires de Lima; Antunes Varela, *Código Civil Anotado*, vol. IV, 264. Jorge Duarte Pinheiro, *Direito da Família Contemporâneo*, 465.

<sup>306</sup> Jorge Duarte Pinheiro, *Direito da Família Contemporâneo*, 465.



relativamente a qualquer dos cônjuges, mas tal não significa que não tenha sido acolhido em sede de dever de cooperação um princípio de co-responsabilidade pela família fundada no casamento<sup>307</sup>, que não pode deixar de implicar alguns comportamentos de cuidado relativamente a outros membros da família, *maxime* os filhos, que incumbem a ambos, independentemente da repartição de funções efectuada.

O facto de esta segunda vertente do dever de cooperação não dizer respeito à intervenção na esfera do outro cônjuge, não significa que o seu cumprimento (ou incumprimento) não tenha implicações na sua esfera. Na verdade, mais do que dirigida aos outros membros da família, podemos sustentar que o seu foco é o colectivo familiar. Deste modo, tendo este entendimento como pano de fundo, pode igualmente compreender-se no âmbito da assunção em conjunto das responsabilidades familiares, um “dever de cooperação patrimonial” entre os cônjuges, que os obriga a comprometerem-se na construção da riqueza familiar<sup>308</sup>.

Também neste campo a ligação com o regime da contribuição é evidente. De facto, mencionámos já a capacidade de trabalho como um elemento a ter em conta ao avaliar os recursos dos cônjuges, bem como a necessidade de ser equacionada a existência de um “dever de esforço”, que não se traduziria apenas numa obrigação de desenvolver uma actividade laboral concreta, mas em, pelo menos tendencialmente, pôr a render os recursos patrimoniais e pessoais de cada um dos cônjuges<sup>309</sup>.

Neste ponto, todavia, parece-nos mais fácil a destriça daquilo que corresponde a cada dever. Aqui o dever de cooperação aparece como ancilar relativamente à obrigação de contribuição. Na verdade, o “dever de cooperação patrimonial” (e a busca de prosperidade económica que se lhe associa) serve a determinação dos recursos disponíveis para efeitos de contribuição. Todavia, não se esgota nesta ligação, já que os frutos de tal empenho não se canalizam todos necessariamente para fazer face aos encargos da vida familiar, engrossando

---

<sup>307</sup> Este princípio traduziu-se na criação de um dever homónimo no direito espanhol. De facto, a Ley 15/2005, expandiu o conteúdo do art. 68, relativo aos deveres de convivência, fidelidade e socorro mútuo, com a adição de um dever de “repartir as responsabilidades domésticas e o cuidado e atenção a ascendentes e descendentes e outras pessoas dependentes a seu cargo”.

<sup>308</sup> A propósito do dever de cooperação patrimonial, ver Rita Lobo Xavier, *Limites à autonomia*, 375 e 437, nota 21.

<sup>309</sup> Massimo Paradiso, *I rapporti personali tra coniugi*, 49 e 85.

também, possivelmente, o património conjugal ou do cônjuge que, segundo o regime de bens, a ele tenha direito

Como podemos, então, traçar as fronteiras entre aquilo que é exigido pelo dever de cooperação e o que é implicado pela contribuição para os encargos da vida familiar?

Parece que em ambos os contextos está subjacente a ideia de *colaboração* entre os cônjuges *na vida familiar*. Todavia, no âmbito da contribuição para os encargos da vida familiar trata-se de uma colaboração particular e o direito de cooperação (especialmente na sua modalidade de assunção conjunta das responsabilidades da vida familiar) assume uma função residual, abarcando aquilo que não se subsume àquela contribuição.

Assim, constituem comportamentos contributivos aqueles que, tendo uma expressão (pelo menos parcialmente) económica, fazem parte do quadro de habitualidade da vida familiar, permitindo o desenvolvimento da vida quotidiana daquele grupo. Aquilo que extravasa o quadro *normal* da vida *familiar*, seja porque não assume carácter de habitualidade, seja porque está para lá do *âmbito doméstico*, reconduzir-se-ia ao dever de cooperação.

Não parece, todavia, que esta distinção assuma relevância para o efeitos de excluir determinados contributos mais facilmente enquadráveis no dever de cooperação da cobertura do artigo 1676,º n. 2. Na verdade, parece-nos que há que admitir que os *apports* que implicam o exercício de uma actividade em benefício da família, ainda que não estritamente enquadrada na contribuição para os encargos da vida familiar, possam beneficiar do crédito compensatório. Na nossa doutrina, Guilherme de Oliveira parece admitir que tais situações estejam abrangidas, ao caracterizar a contribuição além das possibilidades de cada cônjuge como aquela que “excedeu manifestamente o dever de assistência, e o *dever de cooperação*” (itálico nosso) que lhe cabia<sup>310</sup>.

A mesma abertura para a consideração de comportamentos levados a cabo debaixo da égide do dever de cooperação existe no contexto de instrumentos compensatórios. Assim, na doutrina helvética tem-se discutido e defendido que podem ser consideradas contribuições que fundam o direito plasmado no art. 165

---

<sup>310</sup> Guilherme de Oliveira, A nova lei, 20.

ZGB aquelas que são sustentadas pelo *Beistandspflicht*. E isto aplica-se quer estejamos perante prestações de natureza patrimonial<sup>311</sup>, como perante colaboração na actividade profissional ou empresarial do outro cônjuge (*Mitarbeit*) que, por o seu resultado económico deste trabalho não ser utilizado para a manutenção da família, não se subsume ao conceito de *Unterhalt*<sup>312</sup>.

Em nosso entender justifica-se a aplicação analógica da norma do art. 1676.º, n.º2, ainda que tecnicamente determinada actividade não se possa considerar, em bom rigor, contribuição para os encargos da vida familiar.

#### **1.1.5.2. Colaboração de um cônjuge na actividade profissional, comercial ou industrial**

Dentro do âmbito tradicionalmente traçado para o dever de cooperação deparamo-nos com um tipo de contribuição que merece que nos debrucemos sobre ele mais detidamente no âmbito do funcionamento do crédito compensatório. Trata-se da colaboração de um cônjuge na actividade profissional ou empresarial do outro, que tem sido perspectivada pela doutrina portuguesa como uma expressão da obrigação de socorro e auxílio decorrente do dever de cooperação<sup>313</sup>, já que através dela o cônjuge colaborador estaria a apoiar o seu consorte na esfera própria deste.

Esta contribuição é expressamente eleita como alvo de uma compensação nos ordenamentos jurídicos catalão e suíço<sup>314</sup>. No primeiro atribui-se o direito a compensação a quem “tenha trabalhado para o outro” cônjuge sem retribuição ou com uma retribuição insuficiente (artigo 232-5.1, n.º 2 do CCiv catalão) Já na lei helvética determina-se que tem direito à já mencionada indemnização equitativa (“angemessene Entschädigung”, “indemnitè equitable” ou “equa indennità”, de acordo com as diferentes versões oficiais) o cônjuge que colaborou na profissão ou na empresa do outro em medida consideravelmente superior ao contributo que lhe incumbe para o sustento da família (art. 165, I ZGB).

<sup>311</sup> H. Hausheer, *Berner Kommentar* (Art. 165 ZGB), 263.

<sup>312</sup> H. Hausheer, *Berner Kommentar* (Art. 165 ZGB), 263.

<sup>313</sup> Antunes Varela, *Direito da Família*, 350.

<sup>314</sup> Art. 165, 1 ZGB: Se um cônjuge colaborou na profissão do outro ou na empresa do outro numa medida consideravelmente superior à que exigia a sua contribuição para o sustento da família tem direito a uma indemnização equitativa.

Mas, o que pode configurar uma colaboração na actividade profissional ou empresarial do outro cônjuge? Esta colaboração pode ser entendida de forma assaz ampla, incluindo colaboração em negócio, profissão liberal, empresa industrial ou de serviços. Não estão abrangidos, é evidente, trabalhos realizados no âmbito da vida familiar conjugal, incluindo a gestão da casa e o cuidado dos filhos<sup>315</sup>. Deve, isso sim, ter lugar na profissão ou no negócio do outro cônjuge. Este requisito é cumprido se o resultado económico do trabalho se produz em benefício do outro cônjuge, independentemente da estrutura da empresa. No entanto, segundo Hausheer, parece dever entender-se que se o trabalho for prestado a uma sociedade em que o cônjuge é apenas um de vários sócios não existe colaboração conjugal<sup>316</sup>. E estende-se também aos casos em que é prestada no contexto de uma *actividade remunerada dependente* do cônjuge.

Tomar a classificação de manifestação do dever de cooperação como ponto de partida não obsta, todavia, a que determinadas questões relativas à mencionada actividade fiquem em aberto. Assim, é necessário determinar se há obrigatoriedade para os cônjuges de prestar colaboração neste termos, se configura sempre o cumprimento de um dever conjugal e qual o dever que está em causa em diferentes contextos.

No que diz respeito à questionada obrigatoriedade de colaboração, temos presente que a perspectiva comunitária e solidária que deve presidir ao entendimento das relações familiares em geral e da relação matrimonial em particular aponta para que os cônjuges devam canalizar os seus esforços para o benefício da comunidade familiar e do outro cônjuge, em consonância com a ideia de que vivem uma “plena comunhão de vida”. No entanto, também já aflorámos a ideia de que é incontornável a existência de um princípio de liberdade de escolha de profissão, em consonância com as liberdades fundamentais constitucionalmente consagradas.

A imposição de um dever de colaborar na profissão do outro cônjuge pôde encontrar-se no passado ligada a uma concepção da mulher como auxiliar do marido, inicialmente ligada à exploração rural ou ao comércio e mais recentemente

---

<sup>315</sup>Também não pode valer como colaboração (*Mitarbeit*) o preenchimento da declaração de imposto conjunta, na medida em que não é a contabilidade real que está ligada à prática profissional. No caso de extenso património, a delimitação nem sempre pode ser fácil, especialmente na área de colaboração na administração patrimonial. Hausheer, p. 251.

<sup>316</sup>H. Hausheer, *Berner Kommentar* (Art. 165 ZGB), 252.

às profissões liberais<sup>317</sup>. Assim, no ordenamento jurídico alemão, o BGB (§1356, al. 2 na versão original de 1 de Janeiro de 1900) previa originalmente o dever de colaboração (*Mitarbeitspflicht*) que, na verdade, obrigava apenas da mulher. A *Gleichberechtigungsgesetz* (18 de Junho de 1957 - BGBl. I S. 609), de forma coerente com o seu propósito de concretizar ao nível da legislação federal o art. 3 da *Grundgesetz - igualdade de direitos entre homens e mulheres*, estendeu tal obrigação para o cônjuge marido relativamente à profissão da mulher<sup>318</sup>. No *Code Civil* francês, o art. 214, al. 3, que veio a ser revogado em 1975 (l. 11 juillet 1975) veiculava aquela mesma ideia, já que a mulher podia efectuar a sua contribuição “par son activité au foyer ou sa collaboration à la profession du mari”<sup>319</sup>. Também em Espanha, até à reforma de 1981, afirmava-se a necessidade de um cônjuge colaborar nas actividades remuneradas do outro – normalmente realizadas pelo marido, não fazendo o percurso inverso para defender uma obrigação de colaboração nas actividades não remuneradas – normalmente realizadas pela mulher<sup>320</sup>. Actualmente, todavia, face aos desenvolvimentos, de alguma forma paralelos, dos ordenamentos jurídicos europeus, não se pode sem mais afirmar tal obrigatoriedade. Desde logo, no contexto alemão, apesar de os §§ 1353 e 1356 poderem dar cobertura à pretensão de colaboração de um cônjuge, não se pode daí derivar um dever de colaboração de longa duração na empresa do outro<sup>321</sup>. E face à lei civil espanhola, não existe regra expressamente formulada – dos arts. 67 e 68 decorrerá apenas que os cônjuges façam o que estiver ao seu alcance para trazer ganhos e colaborar com o outro, mas apenas se o lar e as suas próprias actividades remuneradas lhe deixam tempo<sup>322</sup>.

Na verdade, parece-nos que só se pode sustentar a existência de uma obrigação de colaborar na actividade profissional do outro cônjuge, ao abrigo do dever de cooperação, em casos de urgência – portanto, uma colaboração pontual, na medida do necessário e do razoável para auxiliar o outro cônjuge<sup>323</sup>. A obrigação de

---

<sup>317</sup> Malaurie, Philippe, Fulchiron, Hughes, *La Famille*, 690.

<sup>318</sup> Nina Dethloff, *Familienrecht*, 67.

<sup>319</sup> J. Carbonnier, *Droit Civil. La famille*, 453.

<sup>320</sup> Maria Aranzazú, *Los deberes personales*, 290. Até à reforma, a doutrina civilística foi mais insistente em proclamar a necessidade de colaborar nas actividades remuneradas do outro: negócio ou profissão, normalmente realizados pelo cônjuge homem, que nas não remuneradas, normalmente realizadas pelas mulheres.

<sup>321</sup> Nina Dethloff, *Familienrecht*, 67.

<sup>322</sup> Maria Aranzazú, *Los deberes personales*, 290.

<sup>323</sup> No mesmo sentido, no contexto alemão, Nina Dethloff, *Familienrecht*, 67.

prestar uma colaboração permanente (sob pena de não cumprir o dever de cooperação) brigaria com a liberdade de aplicar a sua força de trabalho livremente, em função da subordinação ao projecto profissional do consorte<sup>324</sup>.

Poderá, no entanto, perguntar-se se, extravasando esta faceta do socorro ao outro, se pode sustentar que a obrigação de contribuir para os encargos da vida familiar imporia tal colaboração. Ora, a lei não determina a forma como aquela contribuição deve ser prestada – e cada um dos cônjuges pode efectuá-la enquanto prestador de trabalho doméstico ou com a contribuição que resulta dos seus bens/património ou do produto do seu trabalho remunerado. Assim, só no caso de “emergência financeira” – necessidade de prover à pura subsistência da família - e apenas se a contribuição puder unicamente ser levada a cabo através da colaboração com a actividade profissional do outro cônjuge, nomeadamente no seu negócio, será admissível configurar tal obrigação.<sup>325</sup>

Para além dos casos de emergência, há situações em que um cônjuge presta a sua colaboração à profissão do outro num registo de habitualidade. Cumprirá assim um dever conjugal, embora a lei não lhe tivesse imposto tal modalidade de cumprimento, que resulta, portanto, da sua livre escolha. Assim, há que enquadrar juridicamente tal colaboração.

Neste ponto, é necessário distinguir a intensidade com que aquela actividade é prestada. Para o efeito, pode lançar-se mão de um critério de *usualidade* e *exigibilidade*<sup>326</sup>, concedendo-se um tratamento diferenciado às situações que se contêm dentro daqueles limites e às que os extravasam. E o que é “usual e exigível” deverá ser determinado em concreto tendo em conta as circunstâncias familiares, sociais e económicas de cada casal, apontando sempre para a ideia de uma “colaboração residual”<sup>327 328</sup>, ou seja, dos pequenos serviços que naturalmente cada um assume<sup>329</sup>.

---

<sup>324</sup> Nina Dethloff, Familienrecht, 67 e 68.

<sup>325</sup> É difícil distinguir a esfera do patrimonial e do familiar neste contexto, como atesta Jorge Duarte Pinheiro ao afirmar que se torna “patente o carácter artificial de uma qualquer tentativa de contraposição rígida entre os encargos da vida familiar e os encargos profissionais (tanto mais que a satisfação destes proporciona, em regra, a obtenção de boa parte dos recursos que permitem a satisfação daqueles) ou individuais”. Jorge Duarte Pinheiro, Direito da Família Contemporâneo, 469.

<sup>326</sup> Antunes Varela, Direito da Família, 350.

<sup>327</sup> Nina Dethloff, Familienrecht, 67.

<sup>328</sup> No direito francês, onde também se sente a ausência de um critério preciso para determinar o que ultrapassa a contribuição devidas para as *charges du ménage*, v. exs. Para uma mulher de advogado atender ocasionalmente o

Dentro daqueles limites, o cônjuge procederá ao simples cumprimento de um dever conjugal e, portanto, não terá direito a ser remunerado<sup>330 331</sup> pelo trabalho prestado, nem resulta daí a existência de uma relação contratual entre eles para enquadrar a sua actividade<sup>332</sup>. Para lá dos limites do que é “usual e exigível”<sup>333</sup> ultrapassa-se o mero cumprimento de um dever conjugal e há que tratar esta situação ao abrigo da figura jurídica que, em concreto, a rege. Na verdade, apesar de a vida negocial dos cônjuges, enquanto dois sujeitos plenamente distintos, não ser uma realidade jurídica sólida<sup>334</sup>, estes gozam já de algum espaço de liberdade para regular contratualmente a sua colaboração. Todavia, mesmo na ausência de figuras contratuais, tem de se aceitar que relativamente à actividade que exceda o limite da colaboração residual deve corresponder uma contrapartida<sup>335</sup>. Para este efeito, têm sido equacionadas diversas respostas, tributárias de diferentes institutos jurídicos, que permitiriam dar cobertura às referidas situações.

Há situações, porém, em que o cônjuge beneficiado pode pretender acautelar *ex motu proprio* a situação do colaborador. Nesses casos, há que perceber como tratar as doações que foram efectuadas em reconhecimento da actividade prestada. É certo que estas doações estão sujeitas a um regime especial, marcado pela possibilidade da livre revogabilidade. No entanto, pode admitir-se, à semelhança da jurisprudência francesa, que nestes casos não há intenção liberal, faltando assim um

---

telefone faz parte da sua obrigação conjugal, mas já não redigir as “conclusions” de forma habitual. Catherine Philippe, *Le devoir de secour et d’assistance entre époux*, 78-110.

<sup>329</sup> G. Cornu, *Droit civil. La Famille*, 59.

<sup>330</sup> Carbonnier, *Droit Civil, La Famille*, 476. Clarificando a gratuitidade da actividade que não passa do cumprimento do “devoir legal d’assistance”, também Cornu, *Droit Civil. La Famille*, 59.

<sup>331</sup> Nos Censos de 2011, foi autonomizada a categoria de “trabalhador familiar não remunerado”, que é definida como a “pessoa que exerce uma actividade independente numa empresa orientada para o mercado e explorada por um familiar, não sendo contudo seu associado nem estando vinculado por um contrato de trabalho. Consideram-se apenas as pessoas que trabalharam pelo menos 15 horas na semana de referência que por conta de um familiar sem remuneração regular”. Instituto Nacional de Estatística, *Censos 2011 Resultados Definitivos – Portugal*, Instituto Nacional de Estatística, I.P., Lisboa - Portugal, 2012, 557.

<sup>332</sup> Antunes Varela, *Direito da Família*, 350. A *colaboração* que, por exemplo, a mulher preste ao marido, como advogado, no seu escritório, ou que o marido preste à mulher, na organização e funcionamento de consultório médico desta. .

<sup>333</sup> O problema põe-se quando um cônjuge participa diariamente na actividade profissional, na exploração do “fonds de commerce” ou na agricultura, na exploração familiar. Cornu, *Droit Civil, La Famille*, 597. Para Carbonnier, o art. 280-1, al. 2, sugere a ideia de que, pelo casamento, um cônjuge não adquire o direito à colaboração do outro. P. 453.

<sup>334</sup> Guilherme de Oliveira, *Queremos amar-nos, mas não sabemos como!*, 340.

<sup>335</sup> Nina Dethloff, *Familienrecht*, 67.

caractere da doação e afasta-se tanto a consequência da livre revogabilidade, como da nulidade<sup>336</sup>, reconhecendo-os como doações remuneratórias<sup>337</sup>.

Outras soluções foram já concebidas no plano internacional – ou no âmbito dos estatutos profissionais ou aptas a funcionarem no seio da estrutura da empresa familiar e do trabalho prestado nesta. A lei francesa, por exemplo, tendo em vista assegurar a igualdade profissional entre os cônjuges, regulou os poderes dos cônjuges em sede de explorações agrícolas, artesanais e comerciais (Lei de 4 de Julho de 1980 e de 10 de Julho de 1982) e das profissões liberais (Lei de 7 de Janeiro de 2002)<sup>338</sup>, criando “regimes matrimoniais *categoriais*”<sup>339</sup>. No regime italiano da “impresa familiare” (v. art. 230 bis do Código Civil italiano), estabelece-se que o membro da família (e assim também o cônjuge) que preste de forma continuada o seu trabalho na família ou na empresa familiar tem direito ao *mantenimento* segundo a condição patrimonial da família<sup>340</sup>. Não se poderá, todavia, estabelecer um inatacável paralelismo entre estes casos e a colaboração com a actividade profissional do cônjuge, que pode ter lugar fora do contexto da actividade negocial. Para além disso, o tratamento da colaboração na actividade profissional para além do devido em sede de deveres conjugais não é dirigido somente à satisfação das necessidades do cônjuge trabalhador, mas responder a (em termos remuneratórios ou compensatórios) a esta contribuição.<sup>341</sup>

No nosso contexto, há ainda que atentar na resposta indirecta que pode ser obtida ao mobilizar as regras relativas ao regime de bens do casal, em particular, quando se trata de um regime de comunhão. É certo que a colaboração com o exercício da profissão do cônjuge pode ter lugar *seja qual for o regime de bens*<sup>342</sup> e que os deveres conjugais, nos seus diferentes modos de concretização, vinculam os cônjuges, independentemente das regras que regulam as suas relações patrimoniais, nomeadamente as regras sobre a natureza dos seus bens. Todavia, se os cônjuges optaram por um regime de comunhão, os resultados da colaboração na actividade

---

<sup>336</sup> F. Terré et Ph. Simmler, Les régimes matrimoniaux, 645.

<sup>337</sup> Malaurie, Fulchiron, La Famille, 692.

<sup>338</sup> Malaurie, Fulchiron, La Famille, 691,

<sup>339</sup> Carbonnier, Droit Civil, La Famille, 476.

<sup>340</sup> Angelo Falzea, *Il dovere di contribuzione*, 621, 622.

<sup>341</sup> Angelo Falzea, *Il dovere di contribuzione*, 622.

<sup>342</sup> Assim já o entendia Antunes Varela, tratando o problema no contexto do dever de cooperação. Antunes Varela, Direito da Família, 350.



profissional do outro, não integrar o património comum, enquanto produto do trabalho que são (art. 1724.º, al. a) do Código Civil). Pode sustentar-se haver então uma compensação (pelo menos parcial) ao nível do regime de bens<sup>343</sup>. Ainda assim, e apesar de estarmos perante um bem comum, há que notar que ao nível da administração dos bens – mesmo já considerando que parte do valor terá de ser canalizado para fazer face aos encargos da vida familiar – é o cônjuge que auferir os proventos do trabalho quem tem poderes de administração sobre eles (art. 1678.º, n. 2, al. a) do Código Civil), o que cria uma clara assimetria de poderes decisórios relativamente ao cônjuge colaborador. Para além disso, se o regime que preside às relações conjugais é de separação, esta solução é totalmente inoperante. Já foi avançado poder ser considerada aquela actividade do colaborador uma *contribuição indirecta* para os encargos da vida conjugal<sup>344</sup>. Porém, naquilo que exceda o cumprimento de um dever de cooperação ou de contribuição, há que admitir uma contrapartida<sup>345</sup>.

Um enquadramento possível pode ser dado pelos preceitos relativos ao enriquecimento sem causa. Encontramos este tratamento no ordenamento jurídico alemão, onde para este efeito é invocada a norma do §812 BGBou no contexto francês, no qual a jurisprudência da *Cassation* reconheceu a possibilidade de se invocar o enriquecimento sem causa quando a colaboração prestada pela mulher ao marido “est allée au-delà de ses obligations de contribuer aux charges du ménage”. Na verdade, salvo se se demonstrar que a mencionada actividade se funda numa intenção liberal, tal *apport* não tem uma causa e o cônjuge colaborador fica assim habilitado a demandar em juízo uma “indemnité” fundada no enriquecimento injustificado de que seu cônjuge beneficiou, quer a este, após o divórcio, quer aos seus herdeiros, na eventualidade da sua morte<sup>346</sup> <sup>347</sup>. Entre nós, Ângela Cerdeira também reconduziu os *casos de colaboração gratuita na* actividade profissional, industrial ou comercial do outro cônjuge, não cobertos pelo dever de cooperação, à resposta proporcionada pelo enriquecimento sem causa<sup>348</sup>. Sabemos, todavia, que

---

<sup>343</sup> Nina Dethloff, Familienrecht, 109, Carbonnier, Droit Civil. La Famille, 476, Cornu, Droit Civil. La Famille, 60.

<sup>344</sup> J. Carbonnier, Droit Civil. La Famille, 476, .

<sup>345</sup> G. Cornu, Droit Civil. La Famille 60

<sup>346</sup> G. Cornu, Droit Civil. La Famille 60.

<sup>347</sup> Cf. art. 280-1, al. 2 do Code Civil e Carbonnier, Droit Civil. La Famille, 453.

<sup>348</sup> Ângela Cerdeira, *Da Responsabilidade Civil dos Cônjuges entre Si*, 165.

este instituto apresenta um carácter residual e, assim, se esta matéria merecer a resposta de outra figura jurídica, será aí que nos teremos de apoiar.

Ora, parece-nos que colaboração na actividade profissional, industrial ou comercial do outro cônjuge é passível de receber resposta adequada ao abrigo do mecanismo do crédito compensatório. A convocação de figuras compensatórias neste âmbito não é, aliás, inédita. No Código Civil Suíço, foi contemplada expressamente a questão da colaboração na profissão ou na empresa do cônjuge numa medida consideravelmente superior à que exige a sua contribuição para o sustento da família, concedendo-se, neste caso, uma “indemnité équitable” (art. 165 do Código Civil suíço). Possibilidade análoga<sup>349</sup> exclui-se, todavia, à partida, no ordenamento jurídico alemão, em virtude de se estabelecer no § 1360b do BGB uma presunção de renúncia à “compensação por contribuição excessiva” (*Zuvielleistung*)<sup>350</sup>. Ora, face à lei portuguesa, este tipo de compensação pode ser equacionável, tendo em conta as mudanças operadas no art. 1676.º, n.º 2 do Código Civil pela Lei n.º 51/2008, de 31 de Outubro. Na verdade, afastou-se a anterior solução inspirada na *Zuvielleistung* do Código Civil alemão e consagrou-se a figura do crédito compensatório que, segundo cremos, também responderá às situações de colaboração na actividade profissional, industrial ou comercial que não beneficiem de enquadramento jurídico próprio.

#### 1.1.6. Contribuição consideravelmente superior

Caracterizámos já aquilo que se pode entender por contribuição relevante para efeitos de funcionamento do crédito compensatório do artigo 1676.º, n. 2. No entanto, a lei não exige apenas a existência de “contribuição para os encargos da vida familiar”. Caracteriza tal contribuição de forma exigente, reclamando que seja *consideravelmente superior* ao previsto no número 1 do artigo 1676.º, não se perdendo nas “minúcias da vida conjugal”<sup>351</sup>. Ao limitar a tutela jurídica apenas aos

<sup>349</sup> No ordenamento jurídico alemão, no qual este tipo de colaboração (Mitarbeit) tem sido alvo de atenção alargada, aventa-se também a compensação jurídico-familiar que decorre do § 1353 do mesmo Código. Nina Dethloff, Familienrecht, 67.

<sup>350</sup> Nina Dethloff, Familienrecht, 67 ou 68.

<sup>351</sup> Nos mais recentes casos *Miller v. Miller* ([2006] 2 AC 618) e *McFarlane v. McFarlane* ([2006] 1 FLR 1186) a *House of Lords* reiterou a posição já aceite desde há muito – v. *Watchel v. Watchel* ([1973] Fam 72) – de que “[a] good reason for departing from equality is not to be found in the minutiae of married life”, nas palavras de Lord Nicholls. (Para 67) (<http://www.publications.parliament.uk/pa/ld200506/ldjudgmt/jd060524/mill-2.htm>)

casos mais gritantes de sobre-contribuição, o legislador realizou também uma opção relativamente à prova – quer afastar as situações em que esta seja mais difícil<sup>352</sup>.

#### 1.1.6.1. Critério de determinação da medida da contribuição

A Exposição de Motivos do Projecto de lei n.º 509-X, relativamente à norma que constava deste projecto, identificava esta sobre-contribuição como implicando uma “desigualdade manifesta de contributos dos cônjuges”<sup>353</sup>. Todavia, em bom rigor, aquilo que se requiere não é necessariamente esta assimetria nas contribuições conjugais, mas sim uma assimetria de “esforços” nas contribuições conjugais, já que estas não são avaliadas em termos absolutos, mas sim segundo o critério da proporcionalidade<sup>354</sup> relativamente aos recursos pessoais e patrimoniais dos cônjuges. De facto, segundo a norma do n.º 1 do artigo 1676.º, a contribuição devida é determinada de acordo “com as possibilidades de cada um”.

Deste modo, é necessário, numa primeira operação, aferir “possibilidades” de cada cônjuge. Esta é uma operação relativamente simples quanto à categoria dos “rendimentos e proventos”, quanto ao valor da fruição de bens disponibilizados (como, por exemplo, casa de morada de família, bem próprio de um dos cônjuges), mas mais complicada se estiver em causa a avaliação de trabalho doméstico prestado e ainda mais exigente, do ponto de vista dos critérios mobilizáveis, se nas “possibilidades” incluirmos a disponibilidade de tempo dos cônjuges ou as particulares habilitações académicas e profissionais que lhe permitam prestar trabalho adicional tanto no lar como no mercado, obtendo assim recursos adicionais.

A Doutrina portuguesa, reconhecendo a nova posição do legislador, ensaiou esquemas de cálculo para este propósito. O exemplo apresentado por Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira, para este efeito, acaba por se concentrar mais na demonstração do valor económico do trabalho doméstico. Explicam que se um cônjuge já prestou trabalho doméstico no valor de 500 euros, só terá de contribuir com 750 euros para as “despesas da casa” – avaliadas em 2000 euros – enquanto o

---

<sup>352</sup> Guilherme de Oliveira, *A Nova Lei*, 19.

<sup>353</sup> Exposição de Motivos do Projecto de lei n.º 509-X, 3 e 5.

<sup>354</sup> H. Hausheer, *Berner Kommentar*, 254

outro terá de trazer 1250<sup>355</sup>. Conclui-se, assim, que ambos realizaram contribuições (de diferente natureza) no valor de 1250 euros. Assim, a cada um dos cônjuges é pedido que realize 50% da contribuição requerida pela vida familiar, pois, na verdade, os encargos não se cingem aos mencionados 2000 euros, mas são também efectivamente satisfeitos pela prestação de trabalho doméstico. Não afastamos, *a priori*, que esta contribuição possa ser efectivamente de 50%, mas este exemplo abstém-se a fazer menção às possibilidades efectivas de cada cônjuge aponta para contribuições iguais do ponto de vista matemático. O ensaio de Antunes Varela, não obstante uma introdução que faz a vénia à versão primitiva da regra e menção limitada aos rendimentos e proventos, <sup>356</sup> vai mais longe do que a atribuição e um valor económico ao trabalho prestado no lar e acaba por demonstrar que, considerados todos os contributos, os cônjuges podem contribuir em medida diferente. Contabiliza os rendimentos mensais de capital de um cônjuge em 30.000\$, salários em 70.000\$ e o trabalho no lar em 10.000\$, e o rendimento do outro cônjuge em 50.000\$ mensais, avaliando em 5.000\$ o trabalho doméstico e o cuidado dos filhos. Conclui que o primeiro terá de prestar 66,6% (que estima em 30.000\$) e o segundo 33,3% das contribuições para os encargos da vida familiar<sup>357</sup>. Ora, não obstante o mérito desta diferenciação nestas contribuições, também este esquema peca por uma eventual incompletude. Na verdade, são considerados apenas aqueles recursos que se encontram na esfera patrimonial dos cônjuges e o trabalho por eles efectivamente prestado no lar e não as potencialidades que o património detido por cada um tem de render (por exemplo, imóveis que, sendo arrendados, aumentam o rendimento disponível) ou o trabalho doméstico adicional, bem como o trabalho profissional ainda realizável, que cada cônjuge pode prestar atendendo à sua disponibilidade de tempo e às suas aptidões. Para além disso, não toma em conta outro factor, essencial quando queremos determinar a efectiva contribuição de cada um. Na verdade, não estamos apenas a determinar as possibilidades de prestação de cada cônjuge em abstracto, mas as possibilidades de prestação para *os encargos da vida familiar*, cujo montante é fixado pelos cônjuges e aponta para o nível de vida da família, o que, ao contrário do primeiro exemplo, não é aqui considerado. <sup>358</sup>

---

<sup>355</sup> Pereira Coelho; Guilherme de Oliveira, Curso, 358.

<sup>356</sup> Antunes Varela, Direito da Família, 357.

<sup>357</sup> Antunes Varela, Direito da Família, 357.

<sup>358</sup> Ora, para que os cônjuges possam proceder a esta determinação, no exercício de uma vontade esclarecida, há que equacionar aqui a existência de um dever conjugal de informar acerca da situação patrimonial (e também profissional) e do correspondente direito de aceder a esta informação. A lei não o consagra expressamente, mas, tendo em conta o carácter não taxativo do elenco legal dos deveres (e direitos) conjugais, existe abertura nesse sentido. A Doutrina

Não se refuta a dificuldade de quantificar e comprovar factores como os “esforços empregues” ou a “disponibilidade de tempo” de cada cônjuge. No entanto, tal não pode implicar que nos conformemos com uma distribuição arbitrária e injusta das contribuições e que se desista da identificação das regras que permitem realizar uma repartição proporcional.

Assim, pode avançar-se que as contribuições não têm de ter a mesma importância do ponto de vista matemático<sup>359</sup>, mas terão de ser na proporção relativa àquilo que se pode prestar. No afastamento de um cálculo de natureza aritmética, RUSCELLO, seguindo a doutrina de PARADISO, vai mais longe. Argumenta que nem sequer se exige uma proporção matemática. A lei italiana não se refere ao conceito de *proporcionalidade*<sup>360</sup>. Segundo o artigo 143 do Código Civil italiano, cada um dos cônjuges é obrigado a contribuir para as necessidades da família “in relazione alle proprie sostanze e alla propria capacità di lavoro professionale o casalingo”. O mesmo acontece na lei portuguesa – não se menciona uma contribuição *em proporção* às possibilidades, mas “*de harmonia* com as possibilidades de cada um” (itálico nosso). Assim, RUSCELLO argumenta que o uso da expressão “in relazione” aponta para um critério de valoração judicial, que remete para uma decisão em função das circunstâncias concretas de cada caso e não para uma solução abstracta resultante da aplicação de modelos matemáticos<sup>361</sup>.

Não nos parece que a aceitação deste entendimento signifique um retrocesso no reconhecimento do valor económico de todos os contributos. Cremos que pode aceitar que se *contabilizem* os efectivos contributos *que são feitos*, mas havendo que *ponderar* os que *devem ser feitos* face às “possibilidades”, entendidas num sentido lato, o que pode ser mais adequadamente conseguido através do recurso à equidade. Assim, a ideia de *proporcionalidade* não impõe que se determine uma rígida relação constante das grandezas “contribuições” e “possibilidades”, mas sim que se criem

---

nacional tem-se dividido entre considerá-lo incluído no dever de respeito, ou, mais afinadamente, no dever de cooperação (Pereira Coelho, Guilherme de Oliveira, *Curso*, 348), ou como um dever que decorre do dever de assistência, na sua vertente de contribuição para os encargos da vida familiar. Neste sentido, Leonor Beza, Os efeitos do casamento, 98 e Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira também parecem admitir esta hipótese. Pereira Coelho; Guilherme de Oliveira, *Curso*, 348, 359, nota 32. E admite ainda fundá-lo no princípio geral segundo o qual, no cumprimento das obrigações, as partes devem proceder de boa fé. Pereira Coelho; Guilherme de Oliveira, *Curso*, 359, nota 32.

<sup>359</sup> Nina Dethloff, *Familienrecht*, 69.

<sup>360</sup> Francesco Ruscello, *I diritti e i doveri* 1060,

<sup>361</sup> Francesco Ruscello, *I diritti e i doveri* 1060, 1061, Massimo Paradiso, *I rapporti personali tra coniugi*, 301 Francesco Ruscello, *I rapporti personali*, 499.

directrizes que garantam que o que é trazido pelos cônjuges sejam proporcionado aos seus recursos.

#### **1.1.6.2. O acordo conjugal relativo à contribuição para os encargos da vida familiar**

Para além do critério legal, há outro elemento a considerar na determinação da contribuição para os encargos da vida familiar (e eventualmente para a sua medida) – o acordo a que os cônjuges chegaram relativamente à repartição entre eles da contribuição para os encargos da vida familiar.

Das decisões relativas à contribuição para os encargos da vida familiar resulta uma tomada de posição relativamente à definição não só do mais prosaico “nível de vida”, mas das opções fundamentais em termos de objectivos e valores familiares<sup>362</sup>. Na verdade, é nesta sede que se definem as necessidades correspondentes ao seu programa de vida em comum e os meios adequados à sua prossecução, incluindo o seu financiamento, bem como o papel que cada um dos cônjuges desempenha na realização deste plano familiar<sup>363</sup>. É, por este motivo, um campo com especiais exigências do ponto de vista da tradução do princípio da igualdade no âmbito das relações conjugais. Na verdade, a força conformadora deste princípio tem particular relevância em dois níveis distintos: na via para a decisão e no conteúdo da decisão.

Este acordo pode assumir uma particular relevância porque as decisões basilares relativas à determinação das necessidades familiares e do tipo e medida de recursos que se disponibilizam para lhes fazer face – e em particular a distribuição de funções entre os cônjuges – são matérias que dizem respeito à “orientação da vida em comum”<sup>364</sup>. Devem, portanto, ser objecto de acordo entre os cônjuges, nos termos do artigo 1671.º, n.º 2 do Código Civil <sup>365</sup>.

Na verdade, tendo o legislador renunciado à imposição de um modelo familiar de funções rígidas, a tarefa de organização económica da família e de definição do

---

<sup>362</sup> O que é valorizado por aquela família? A educação académica, o mérito desportivo, as viagens, o consumo de produtos de gama alta ou a frugalidade no consumo, etc.?

<sup>363</sup> Maria Aranzazú, *Los deberes personales*, 373

<sup>364</sup> Leonor Beleza, *Efeitos do casamento*, 107.

<sup>365</sup> Leonor Beleza, *Efeitos do casamento*, 108 e 109. Pereira Coelho; Guilherme de Oliveira, *Curso*, 357, Duarte Pinheiro, *O Direito Família Contemporâneo*, 2013, 451 e Cristina Dias, *O crédito*, 203.

papel de cada um dos cônjuges neste contexto, passou a ser incumbência exclusiva destes<sup>366</sup>. E, sendo este um assunto de importância central para a família, o acordo é o instrumento natural para garantir que também este aspecto da direcção da família é definido por ambos os cônjuges, em obediência à regra da decisão bilateral<sup>367</sup>.<sup>368</sup>

Acontece que para levarem a cabo esta tarefa, os cônjuges estarão a regular a matéria dos “deveres conjugais”, no âmbito dos quais DUARTE PINHEIRO identifica o “núcleo intangível da comunhão conjugal”. Assim, há que definir qual o espaço concedido à autonomia dos cônjuges e, portanto, em que medida os seus acordos individuais podem concretizar o conteúdo mesmo do casamento<sup>369</sup>, também pela via da regulação do dever de contribuir para os encargos da vida familiar.

Desde logo, há que notar que o dever de assistência, igualmente nesta vertente, apesar de se cumprir através de prestações que são avaliáveis do ponto de vista económico, diz respeito, em primeira linha, às relações de natureza pessoal entre os cônjuges. E que estas posições jurídicas subjectivas, por terem lugar no seio das relações entre cônjuges, assumem um estatuto particular. Funcionam como um instrumento de carácter económico apto a suportar a base solidarística e paritária da sociedade conjugal<sup>370</sup>e, em última análise, para realizar o fim do casamento<sup>371</sup>.

Interessará, assim, determinar aquilo que se encontra na disponibilidade dos cônjuges, atendendo ao carácter pessoalíssimo destes deveres<sup>372</sup>. Parece que, se o propósito dos cônjuges for excluir ou modificar, pela via do acordo, este dever, desobrigando um ou ambos ou impondo-o de forma desigual, tal atentará contra o carácter imperativo da sua previsão legislativa, e em particular, contra o artigo 1672.º do Código Civil<sup>373</sup>. Esta cláusula considerar-se-á “não escrita”, nos termos da lei (artigo 1618.º, n.º 2 do Código Civil). E isto valerá tanto para acordos anteriores (cf. artigo 1699.º, n.º1, al. b) do Código Civil), como para acordos posteriores à

---

<sup>366</sup> Neste sentido, na doutrina alemã, ver Nina Dethloff, *Familienrecht*, 65.

<sup>367</sup> Jorge Duarte Pinheiro, *O Direito da Família Contemporâneo*, 2013, 455.

<sup>368</sup> Por este meio, a Reforma de 1977 importou “regras de convivência democrática” para o interior da família, nas palavras de Leonor Beza, *Efeitos do casamento*, 99 e 100.

<sup>369</sup> Nina Dethloff, *Familienrecht*, 63 e 64.

<sup>370</sup> Neste sentido, v. Francesco Ruscello, *I diritti e i doveri*, 1059 e Massimo Paradiso, *I rapporti personali tra coniugi*, 73.

<sup>371</sup> Duarte Pinheiro, *O Direito Família Contemporâneo*, 2013, 475.

<sup>372</sup> Pereira Coelho; Guilherme de Oliveira, *Curso*, 151 ss.

<sup>373</sup> Pereira Coelho; Guilherme de Oliveira, *Curso*, Curso, p. 348. Jorge Duarte Pinheiro, 2008, p. 444

celebração do casamento (“em convenção antenupcial, no momento da celebração do casamento *ou em outro acto*” – art. 1618.º, n.º 2 do Código Civil).

Já os acordos dos cônjuges, quer anteriores quer posteriores à celebração do casamento, que concretizem a forma de exercício do dever de contribuição para os encargos da vida familiar, serão, à partida, plenamente admissíveis e até mesmo exigíveis. Na verdade, pode ir-se mais longe e afirmar que a regra de co-decisão ou direcção conjunta ou colegialidade<sup>374</sup> implica que os cônjuges assumam um *dever de chegar a acordo sobre as questões fundamentais da vida familiar e conjugal* (e, portanto, também sobre a matéria que tratamos) - que a doutrina oscila entre considerar mais um dever a acrescentar ao elenco do artigo 1672.º do Código Civil<sup>375</sup> ou a expressão de outros deveres do catálogo<sup>376</sup>. Certo é ser esta uma tarefa pessoalíssima e irrenunciável de ambos os cônjuges, que devem manifestar disponibilidade para abandonar uma atitude estritamente individualista<sup>377</sup> e chegar a uma concertação dos interesses envolvidos, em função dos critérios do “bem da família” e dos “interesses de um e outro”.

Tal *obrigação de procurar o acordo* é consequência lógica das opções do legislador. O quadro legislativo actual consagra um *princípio de autonomia da família* para reger os seus assuntos. Nesta esfera interna – e em particular no âmbito das suas relações de carácter pessoal<sup>378</sup> –, a não ser em casos excepcionais expressamente previstos na lei, cabe aos cônjuges, dentro dos limites da lei,<sup>379</sup> resolver os seus conflitos e dissensos. Na esfera patrimonial, todavia, pode sempre recorrer-se ao juiz<sup>380</sup>.

Ora, se é certo que as questões essenciais relativas à contribuição para os encargos da vida familiar, principalmente a distribuição de tarefas entre os cônjuges, são matérias que acabam por ter uma tradução patrimonial, resultam de decisões de cariz primariamente pessoal. Assim, a intervenção judicial é uma porta que não se

<sup>374</sup> Pereira Coelho, *Casamento e família*, 24.

<sup>375</sup> Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira, *Curso*, 341.

<sup>376</sup> Jorge Duarte Pinheiro entende que a obrigação de assunção em conjunto das responsabilidades familiares, vertente do dever de cooperação conjugal, impõe ela mesma o *respeito da regra de co-direcção da família e de decisão bilateral* em matéria de orientação da vida em comum, obstando, assim, a qualquer tentativa de reduzir a eficácia do art. 1671.º, 2. Jorge Duarte Pinheiro, *O Direito Família Contemporâneo*, 2013, 466 e 451.

<sup>377</sup> Maria Aranzazú, *Los deberes personales*, 364.

<sup>378</sup> Leonor Belez, *Os Efeitos do Casamento*, 103.

<sup>379</sup> Maria Aranzazú, *Los deberes personales*, 83.

<sup>380</sup> Leonor Belez, *Os Efeitos do Casamento*, 103 e ss.



abre nos casos de falta de acordo quanto à modelação convencional desta contribuição.

A centralidade actualmente concedida ao acordo como instrumento de governo da família espelha igualmente o entendimento da natureza contratual do casamento. Este implica uma atitude de neutralidade do legislador, que abdica da imposição de um modelo, e deixa esta escolha à autonomia dos cônjuges, que procedem à divisão de funções convencionalmente. É o princípio do consenso a imperar logo no momento de estruturação da sociedade familiar, que traduz o funcionamento do princípio da igualdade nas relações conjugais e o inerente reconhecimento de igual dignidade aos cônjuges. Assim, mesmo que do acordo conjugal resulte uma distribuição de diferentes funções e papéis aos cônjuges, tal resultará da vontade deste e não de uma avaliação do legislador relativamente ao seu papel e valor no seio da família, aprioristicamente definida em função, nomeadamente, do género.

A passagem de uma concepção institucional para uma compreensão contratual do casamento é um fenómeno que tem vindo a tomar forma, desde há décadas, nos países do nosso espectro cultural<sup>381</sup> e que teve como marco incontornável a Reforma de 1977. Deixou-se definitivamente para trás a estrutura familiar que assentava na definição legislativa de funções dos cônjuges, atribuindo-se o poder de direcção da família ao cônjuge marido, o titular do poder marital. A consagração do princípio da igualdade, em geral, no artigo 13.º e em particular, para as relações conjugais, no artigo 36.º, n.º 3 da Constituição da República Portuguesa, assim o exigiu e a Reforma de 1977 concretizou-o de forma clara<sup>382</sup>, na reformulação que fez das regras da Família, mesmo ao arrepio de posições que pretendiam travar este entendimento maximalista. Na verdade, aventou-se que o anterior modelo se baseava meramente na necessidade para assegurar a capacidade de decisão da sociedade conjugal, no seio da qual não pode funcionar o princípio majoritário das sociedades comerciais<sup>383</sup> e, para além disso, que o recurso à intervenção de entidades exteriores – mormente dos tribunais – é limitado e, quando alargado, poderia violar a autonomia da família e a intimidade da vida privada<sup>384</sup>.

---

<sup>381</sup> Cf. Cap. I.

<sup>382</sup> Cf. Jorge Duarte Pinheiro, *O núcleo intangível*, 113-120.

<sup>383</sup> Antunes Varela, *Direito da Família*, 315-319, Pires de Lima; Antunes Varela, *Código Civil Anotado*, vol. IV, 254

<sup>384</sup> Antunes Varela, *Direito da Família*, 340; Pires de Lima; Antunes Varela, *Código Civil Anotado*, vol. IV, 254

O princípio da igualdade está consolidado como estruturante, no seio do direito matrimonial<sup>385</sup>. O modelo europeu de casamento – e, portanto, também o português – é o da “parceria entre iguais”<sup>386</sup>. E o alcance desta igualdade não se pode considerar limitado apenas às matérias que são expressamente enunciadas pelo n.º 3 do artigo 36.º da Constituição<sup>387</sup>. Na verdade, o texto constitucional consagra o princípio em termos gerais no artigo 13.º da Constituição<sup>388</sup> e é essa leitura ampla que o Código Civil acolhe no n.º 1 do art. 1671.<sup>389</sup>

Ora, o princípio da colegialidade que passou a imperar no âmbito da direcção conjugal é uma decorrência do princípio da igualdade dos cônjuges<sup>390</sup>. Ao assumir desta forma o princípio da igualdade (moral e jurídica) dos cônjuges, o nosso ordenamento jurídico tem de aceitar o respeito pelo princípio do acordo entre cônjuges<sup>391</sup> como a única via admissível para decidir de matérias tão centrais como a organização da contribuição para os encargos da vida familiar. Mas em que se traduz este acordo?

A comunhão de vida cria uma dinâmica entre os cônjuges que prescinde muitas vezes da manifestação expressa da sua vontade. Por isso se pode sustentar, com CARBONNIER, que a obrigação de contribuir “*s’exécute sans que l’on pense*”<sup>392</sup>. Todavia, não se relega para o espaço de “non-droit quotidien”<sup>393</sup>. Na generalidade dos casos, a repartição de tarefas entre os cônjuges é levada a cabo pela via de um *acordo tácito*<sup>394</sup>, que resulta da síntese dos comportamentos dos cônjuges. Este tipo de pacto não deixa de se reconduzir ao previsto no art. 1671.º, n.º 2 do Código Civil.

---

<sup>385</sup> Jorge Duarte Pinheiro, *O núcleo intangível*, 148, 149.

<sup>386</sup> Veja-se o art. 5.º do Protocolo n.º 7 à Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, Estrasburgo, 22.11.1984.

<sup>387</sup> Antunes Varela pretendia ver no princípio da igualdade dos cônjuges constitucionalmente consagrado um “princípio de igualdade de direitos e deveres dos cônjuges quanto à sua capacidade”. Antunes Varela, *Direito da Família*, 335

<sup>388</sup> Leonor Beza, *Os Efeitos do Casamento*, 94-96.

<sup>389</sup> Leonor Beza vê esta norma como “inútil do ponto de vista normativo” mas “pedagogicamente desejável”, Leonor Beza, *Os efeitos do casamento*, 106.

<sup>390</sup> Pereira Coelho, *Casamento e família*, p. 24.

<sup>391</sup> Francesco Ruscello, *I rapporti personali*, 77.

<sup>392</sup> Carbonnier, Jean, *Droit Civil. La famille*, 469.

<sup>393</sup> *Idem*.

<sup>394</sup> Neste sentido, na doutrina portuguesa, ver, entre outros, Pereira Coelho; Guilherme de Oliveira, *Curso*, 357, Maria João Vaz Tomé, *O direito à pensão*, 177 e Cristina M. Araújo Dias, *O crédito*, 203.

O acordo – expresso ou tácito – pode formar-se num momento anterior à celebração do casamento<sup>395</sup> ou firmar-se posteriormente. É, aliás, neste contexto, que será mais fácil o acordo assumir a configuração de “sequência das deliberações fragmentárias por eles [pelos cônjuges] sucessivamente tomadas sobre a vida do lar”<sup>396</sup>. A reconstrução por esta via da vontade dos cônjuges não pode significar, todavia, que todos os dias estejamos perante um novo acordo. Nas palavras de NINA DETHLOFF, “só faz sentido falar de uma regulação, se ela vai além do caso concreto. Um acordo de dia para dia, de hora a hora, não vale a pena referir”.<sup>397</sup> Só aquele tipo de acordo levanta uma das questões centrais relativa ao poder de decisão conjunta dos cônjuges – qual a natureza jurídica destes pactos e, principalmente, qual a vinculatividade que se lhes associa.

Na verdade, se é certo que o legislador materializou a *unidade* e a *igualdade* na vida conjugal na exigência da *direcção conjunta*, optou também por garantir a participação paritária dos cônjuges no contexto familiar através da consagração subsequente de um poder de actuação de forma disjunta<sup>398</sup>. E assim, uma vez definidas as orientações da vida conjugal, a execução do acordado pode ser levada a cabo por cada um dos cônjuges individualmente.

A classificação doutrinal do acordo é objecto de discussão, sendo avançadas diferentes figuras para o enquadrar. Debate-se, desde logo, se estamos perante um acto jurídico, um acordo análogo ao negócio jurídico (*rechtsgeschäftsähnlich Vereinbarung*)<sup>399</sup> um verdadeiro negócio jurídico, e, neste caso, a sua eventual natureza contratual.

No contexto da doutrina portuguesa, DUARTE PINHEIRO pronuncia-se no sentido de os classificar como verdadeiros negócios jurídicos, retirando daí consequências quanto à sua vinculatividade<sup>400</sup>. MARIA JOÃO VAZ TOMÉ assume a *natureza peculiar* do acordo e afasta a classificação como contrato<sup>401</sup>. É certo que a figura do contrato não é estranha à definição da contribuição dos cônjuges para os encargos da vida

---

<sup>395</sup> Antunes Varela, *Direito da Família*, 338 e Maria João Vaz Tomé, *O direito à pensão*, 177.

<sup>396</sup> Antunes Varela, *Direito da Família*, 338.

<sup>397</sup> Nina Dethloff, *Familienrecht*, 65.

<sup>398</sup> Angelo Falzea, *Il dovere di contribuzione*, 614.

<sup>399</sup> Nina Dethloff, *Familienrecht*, 65.

<sup>400</sup> Duarte Pinheiro, *O Direito Família Contemporâneo*, 2013, 452.

<sup>401</sup> Maria João Vaz Tomé, *O direito à pensão*, 177.

familiar. No contexto francês, CARBONNIER lembra-nos a possibilidade de as bases da contribuição poderem ser determinadas no *contrat de mariage*<sup>402</sup>.

A doutrina não é, portanto, unânime quanto às categorias mobilizáveis para entender o acordo. No entanto, as consequências jurídicas que advêm da adopção das diferentes categorias não apresentam divergências tão profundas. Central nesta discussão é compreender a confiança digna de protecção na repartição de tarefas, seja por acordo expreso ou tácito<sup>403</sup>. A dimensão desta confiança depende da clareza do acordo, independentemente da categorização teórica alcançada<sup>404</sup>.

Na verdade, mesmo quando os autores optam por uma daquelas figuras jurídicas, a argumentação volta-se para as especificidades destes pactos face ao figurino geral e para a discussão do seu carácter vinculativo. Assim, DUARTE PINHEIRO, que afirma a natureza de negócio jurídico destes acordos, e faz decorrer o seu carácter vinculativo da inderrogabilidade do princípio da igualdade dos cônjuges, admite que se regem por parâmetros distintos dos que são normalmente aplicáveis aos negócios jurídicos, como aponta a parte final do art. 1671.º, n.º 2 do Código Civil<sup>405</sup>. PEDRO DE ALBUQUERQUE aponta para a ausência ou fraqueza da sua *deverosità*<sup>406</sup>.

Desta forma, admite-se a sua modificação e mesmo extinção em termos mais flexíveis do que os determinados pelo regime geral, para além dos casos de alteração das circunstâncias objectivas em que se funda o acordo. Na verdade, nestes acordos, e em particular nos que definem a repartição de tarefas no casamento, estão implicados direitos de natureza pessoal, chegando mesmo a avançar-se que uma cláusula que determinasse a sua irrevogabilidade estaria ferida de nulidade<sup>407</sup>.

Ora, parece ser a consideração da restrição destes direitos pessoais que nos dá a medida da abertura para a alteração ou extinção do acordo. Só que os termos em que tal é avaliado variam. Assim, pode partir-se da ideia de que, sendo tais acordos em princípio vinculativos, há lugar para serem afastados unilateralmente quando

---

<sup>402</sup> J. Carbonnier, *Droit Civil. La Famille*, 468 e 469.

<sup>403</sup> Nina Dethloff, *Familienrecht*, 66.

<sup>404</sup> *Idem*.

<sup>405</sup> Duarte Pinheiro, *O Direito Família Contemporâneo*, 2013, 452.

<sup>406</sup> Pedro de Albuquerque, *Autonomia da Vontade*, 69.

<sup>407</sup> Pereira Coelho; Guilherme de Oliveira, *Curso*, 357.

desconsiderem de forma inaceitável os direitos e interesses individuais dos cônjuges ou o “bem da família”<sup>408</sup>. Podemos avançar que esta posição exigirá, então, que para os cônjuges se desvinculem do acordo de forma unilateral – e em particular do acordo relativo à contribuição para os encargos da vida familiar - tenham de invocar um “fundamento relevante”<sup>409</sup>. Na verdade, a protecção da confiança do outro cônjuge, que acreditou no modelo de repartição assumido e planeou a sua vida em função dele (por exemplo, assumindo maiores compromissos profissionais), deve ser acautelada<sup>410</sup>. Assumindo um posicionamento um pouco diferente, aparece-nos a posição que sustenta a possibilidade de os cônjuges revogarem ou denunciarem o acordo “a todo o momento”, unilateralmente, sem que nada os impeça<sup>411</sup>, embora admitam que excepcionalmente, por se revelar contra uma “expectativa razoável” do outro cônjuge, o exercício de tal faculdade seja ilegítimo<sup>412</sup>.

Estas aproximações distintas trazem consigo consequências também elas diferentes? No fundo, em ambas, trata-se de conceder um espaço de liberdade, de modo a proteger a liberdade e a dignidade das pessoas de um cônjuges<sup>413</sup>, e simultaneamente acautelar a confiança fundadamente depositada pelo outro cônjuge no acordo.

Ora, sabemos que relativamente à execução dos acordos na área pessoal – e, em particular, quanto à contribuição para os encargos da vida familiar – não pode, em princípio, haver intervenção judicial<sup>414</sup>. Daí que tenham de ser extraídas outras consequências do comportamento do cônjuge que incumpra acordo prévio.

Para a primeira posição, parece ser lógico avançar que quem se desvinculou sem que tenha avançado um “fundamento relevante” para o justificar, responda pelos danos que tenha causado ao outro cônjuge. É esta a posição de quem sustenta que é permitido que o cônjuge, dado o carácter pessoal das decisões envolvidas,

---

<sup>408</sup> Jorge Duarte Pinheiro, *O Direito Família Contemporâneo*, 2013, 452 e Maria João Vaz Tomé, *O direito à pensão*, 178.

<sup>409</sup> Nina Dethloff, *Familienrecht*, 66.

<sup>410</sup> Nina Dethloff, *Familienrecht*, 66.

<sup>411</sup> Pereira Coelho; Guilherme de Oliveira, *Curso*, 357.

<sup>412</sup> *Idem*.

<sup>413</sup> Maria João Vaz Tomé, *O direito à pensão*, 178.

<sup>414</sup> Lacruz Berdejo et al., *Elementos*, IV, 33.

alterar o seu comportamento, mas que não o poderá fazer livremente de forma a encontrar o outro desprevenido<sup>415</sup>.

A principal questão aqui será determinar o que é um “fundamento relevante”. Sem dúvida que são “fundamento relevante” circunstâncias objectivas que foram pressupostas na elaboração do acordo e que agora se alteraram. Se a formação académica de um cônjuge lhe dava perspectivas de crescimento profissional e de facultar uma maior prosperidade económica à família e, com base nisto, os cônjuges privilegiaram a sua carreira, mas as mudanças no mercado de trabalho, o lançaram para o desemprego e há, agora, maior procura das habilitações do outro cônjuge, é natural que se invertam as suas posições. Ou se o membro da família, cuja doença terminal motivou que um dos cônjuges tenha renunciado à actividade profissional para desempenhar o papel de cuidador em tempo integral, entretanto falece, deixa de existir o fundamento que motivou aquela renúncia. São estas circunstâncias exteriores à pessoa do cônjuge que dissente. Mas, podemos ainda atribuir o carácter de objectividade a factores inerentes a este cônjuge. Pense-se nas deonças que se associam à posição do cuidador de doentes crónicos. A permanência da necessidade de prestar estes cuidados, e mesmo a fundada expectativa do outro cônjuge de que o cuidador continuaria a assumir este papel, não retiram nada à objectividade deste problema de saúde e à sua habilidade para plenamente legitimar a alteração dos termos do acordo.

Todavia, os motivos de natureza subjectiva não podem ser liminarmente afastados. Na verdade, a assunção em exclusivo de uma actividade profissional ou a renúncia a esta, a especialização continuada no cuidado de dependentes (por vezes com graus elevados de aperfeiçoamento técnico ou clínico), com as consequências que podem importar para as contribuições para os encargos da vida familiar, implicam dimensões de insatisfação e de sacrifício pessoal que não podem deixar de ser valorizadas.<sup>416</sup>

Já para a segunda posição enunciada, parece assumir contornos ainda mais nítidos a intolerabilidade da manutenção do acordo que vede a um dos cônjuges o exercício de uma actividade profissional, em favor de uma vida no lar. Assim, face à tese defendida da licitude de a qualquer momento revogar o acordo, sem que tal comporte responsabilidade, não se trata de justificar o dissenso, mas de provar que,

---

<sup>415</sup>Nina Dethloff, Familienrecht, 64.

<sup>416</sup>Nina Dethloff, Familienrecht, 66.

excepcionalmente, aquela revogação do acordo foi contra a “expectativa razoável” da sua inalterabilidade – justificada, porventura, pela duração do pacto – incorrendo, por isso, numa situação de abuso de direito<sup>417</sup>.

#### 1.1.6.3. Possibilidade de afastamento da regra do artigo 1676.º, n.º 1

O acordo entre os cônjuges, enquanto *único instrumento de auto-governo da família*<sup>418</sup>, é o meio adequado para definir a contribuição para os encargos da vida familiar, desde logo, já o vimos, no que diz respeito às modalidades de contribuição de cada cônjuge, mas importa também esclarecer o papel que pode desempenhar na determinação da medida de cada *apport*.

Na verdade, se, para a repartição de funções, o legislador renunciou a adoptar um figurino de distribuição, quanto à medida, vimos que a lei adopta um critério. Na prática, todavia, apesar do critério legal, pode haver (e tantas vezes haverá) maior contribuição por parte de um dos cônjuges do que exigia o estalão da proporcionalidade<sup>419</sup>. Na verdade, o normal funcionamento da família rege-se por uma lógica de solidariedade, o que não raro leva à adopção espontânea de comportamentos de *dom*. Assim, há que determinar o que pode ser definido em acordo quanto a esta medida, ou seja, há que determinar se aquela regra que impõe a contribuição proporcional aos meios de cada um tem carácter imperativo ou pode ser afastada por vontade dos cônjuges.

Se nos debruçarmos sobre as regras homólogas de outros ordenamentos jurídicos, não encontraremos uma resposta unânime. Na lei francesa, por exemplo, o art. 214 do *Code Civil* dispõe que os cônjuges contribuem proporcionalmente para os encargos, se não tiverem acordado de outro modo em *convention matrimoniale*<sup>420</sup>, hipótese que é rara na prática<sup>421</sup>.

---

<sup>417</sup> Pereira Coelho; Guilherme de Oliveira, *Curso*, 357.

<sup>418</sup> A expressão é de Jorge Duarte Pinheiro, *O Direito da Família Contemporâneo*, 2013, 451.

<sup>419</sup> Veja-se, por exemplo, Pires de Lima e Antunes Varela, *Código Civil Anotado*, vol. IV, p. 269 e Cristina M. Araújo Dias, *Uma Análise*, 60.

<sup>420</sup> J. Carbonnier, *Droit Civil, Les Famille*, 497.

<sup>421</sup> J. Carbonnier, *Droit Civil, Les Famille*, 497 e Jérôme Casey, *La contribution aux charges du ménage*, 436.

Na regra do direito português não existe, todavia, referência à possibilidade de afastar por vontade dos cônjuges plasmada em acordo a regra da contribuição proporcional<sup>422</sup>. Na nossa Doutrina, DUARTE PINHEIRO considera que o critério da contribuição proporcional não tem o carácter imperativo que é comum às regras relativas aos deveres conjugais<sup>423</sup>. Admite, assim, que é *na ausência de acordo* que vigora a prescrição da proporcionalidade<sup>424</sup>. O Autor encontra a justificação para reconhecer natureza dispositiva a esta regra nas dificuldades que o cônjuge que contribuiu com *mais* do que que devia face à regra da contribuição proporcional tem em fazer valer o seu direito a uma *compensação*, nos termos do artigo 1676.º, n.º 2 do Código Civil<sup>425</sup>. Mantém, portanto, a conclusão já avançada na edição anterior à Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro, embora ao tempo baseasse a ideia na extinta presunção de renúncia do cônjuge que efectuou a contribuição excessiva à correspondente compensação<sup>426</sup>. Parece-nos que, face à lei actual, a possibilidade de *renúncia* a compensação por contribuição excessiva continua a ser a pedra de toque deste argumento. Na verdade, se é certo que tal possibilidade deixou de estar escudada pela mencionada presunção *iuris tantum*, não deixa, todavia, de existir. Pensemos na situação em que um dos cônjuges pretende assumir um esforço contributivo adicional para elevar o nível de vida da família, sem pretender ser compensado por tal<sup>427</sup>.

Não confundamos, todavia, esta renúncia com o facto de os cônjuges poderem optar por não vir a requerer mais tarde o crédito compensatório, uma vez que este não é deferido *ex officio*. Na verdade, tal implica uma não implementação e não uma vinculação. Aqui pretendemos aqui determinar se é possível que aquele que efectua uma sobre-contribuição se obrigue a não requerer o crédito compensatório com base nesta<sup>428</sup>.

---

<sup>422</sup> Maria João Vaz Tomé, O direito à pensão, 184.

<sup>423</sup> É esta a posição da última edição do seu “Direito da Família contemporâneo”, mas que já encontrava assento na anterior edição, de 2008. V. Duarte Pinheiro, O Direito Família Contemporâneo, 2011, 472 e O Direito Família Contemporâneo, 2011, p. 512 e Duarte Pinheiro, O Direito Família Contemporâneo, 2008, p. 461. Ed. 2011.

<sup>424</sup> Duarte Pinheiro, O Direito Família Contemporâneo, 2013, 472.

<sup>425</sup> Duarte Pinheiro, O Direito Família Contemporâneo 2013, 473.

<sup>426</sup> Duarte Pinheiro, O Direito Família Contemporâneo, edição de 2008, 461.

<sup>427</sup> Neste sentido, Rita Lobo Xavier, Recentes Alterações, 46.

<sup>428</sup> V. a renúncia à *Versorgungsausgleich* como expressão do princípio da auto-determinação dos cônjuges (Uwe Diederichsen, *Richtiges Familienrecht*, 149).



O acordo dos cônjuges também quanto à medida da contribuição não pode deixar de apresentar um carácter não vinculativo, sempre sujeito a modificações e mesmo à sua extinção, como já determinámos em termos genéricos. Quanto às contribuições passadas, todavia, há que extrair consequências da vontade manifestada pelo cônjuge autor da sobre-contribuição no sentido de não pretender exigir compensação com base nesta. Teremos, no entanto, de ser mais exigentes no que diz respeito à expressão dessa vontade.

Também não deverá ser de admitir que se abra a possibilidade de um dos cônjuges se furtar ao cumprimento do dever de contribuição para os encargos da vida familiar através de uma diminuição acordada do seu *apport*. Na verdade, a lei permite que um dos cônjuges contribua *com mais* do que o devido face aos seus meios, mas quanto a contribuir *com menos*, a conclusão não advém das disposições referidas. Aliás, a preocupação do legislador foi em garantir o cumprimento do dever de contribuição para os encargos da vida familiar, nos termos do artigo 1676.º, n.º 4, do Código Civil. No ordenamento jurídico francês, onde se admite expressamente o afastamento do critério da proporcionalidade na contribuição por vontade dos cônjuges, considera-se que nenhum dos cônjuges se pode dispensar totalmente, ainda que haja assentimento por parte do outro. No contexto francês, aliás, estas disposições são submetidas a controlo judicial. Assim, o juiz pode modificar estas disposições, a pedido de um dos cônjuges<sup>429</sup>. Esta possibilidade não existe no ordenamento jurídico português, já que, em homenagem ao princípio da autonomia familiar, só existe intervenção judicial para dirimir conflitos familiares nos casos previstos na lei, o que não acontece na situação em análise. Todavia, parece-nos que, não obstante a inviabilidade de controlar o conteúdo, não se pode afastar a possibilidade de sindicar, quando invocado, se uma decisão foi tomada como expressão de uma vontade viciada ou se a vontade declarada não corresponde à vontade real, nos termos gerais.

Ora, o facto de admitirmos que os cônjuges possam estabelecer uma contribuição superior face ao critério da proporcionalidade a efectuar por parte de um poderá significar que daí advém um direito adquirido ao nível de vida superior no seu quotidiano que essa contribuição adicional permite?

---

<sup>429</sup> Jérôme Casey, *La contribution aux charges du ménage*, 436.

Na Doutrina portuguesa, tanto Maria de Nazareth Lobato de Guimarães como Galvão Telles são peremptórios na afirmação de que não há um direito adquirido a um nível de vida superior<sup>430</sup>. Nenhum dos cônjuges tem direito a ser *mantido* pelo outro e, à partida, não pode exigir do outro que continue a contribuir *de forma excessiva* para alimentar o nível de vida de que beneficiam em conjunto<sup>431</sup>. No entanto, há que ter em conta que há um pacto relativo ao teor de vida<sup>432</sup> e que os cônjuges construíram a sua vida em função do nível fixado. Na ausência de alteração das circunstâncias, será que se pode aceitar sem mais que o maior contribuidor resolva cessar esse contributo, alterando assim os encargos que o casal pode suportar? Se, por exemplo, esta intenção tiver na sua base a sua vontade em exercer outra profissão, mas que lhe garanta uma menor remuneração ou se razões de saúde deixam de permitir que se obtenha o rendimento extra que permite fazer face a esse *plus*, não nos parece que possa ser negada esta possibilidade. O mesmo se diga se a cessação da contribuição adicional conduzindo a uma diminuição do nível de vida, não provoca a sua queda abrupta. Mas já nos questionamos se, na ausência de outras justificações, não podemos estar perante uma situação de abuso de direito se, ao fim de uma existência prolongada nesses termos, se decide, sem mais pôr termos a tal contributo. E não nos esqueçamos ainda, não obstante a garantia nesse sentido que dá o facto de a contribuição ser proporcional, que os cônjuges devem comungar do mesmo nível de vida, o que, por vezes, em casos de grande disparidade de recursos, só pode ser conseguido através de uma contribuição adicional por parte do mais abastado.

#### **1.1.6.4. Determinação do carácter "*Consideravelmente superior*" em sede de crédito compensatório**

Não é apenas um desfazamento entre o critério da contribuição e o prestado que releva – a contribuição que funda um crédito compensatório não é apenas *superior*; é *consideravelmente superior*.

---

<sup>430</sup> Maria de Nazareth Lobato de Guimarães, Alimentos, 190 e Galvão Teles, Parecer, 20.

<sup>431</sup> Idem. Maria de Nazareth Lobato de Guimarães, Alimentos, 190 e Galvão Teles, Parecer, 20.

<sup>432</sup> Maria de Nazareth Lobato de Guimarães, Alimentos, 191.

O que é *excessivo* depende necessariamente das circunstâncias do caso, tendo por referência o momento em que foi realizada a contribuição<sup>433</sup>. A amplitude que a medida superior da contribuição deve exibir não pode geralmente ser apresentada como uma percentagem das prestações devidas, nem em valores absolutos<sup>434</sup>. Por fim, lembre-se que saber que estamos perante uma contribuição que é *consideravelmente superior* tem de ter por referência aquilo que esta *representou para o prestador* (eventual titular do crédito compensatório). Portanto, decisivas para avaliar o carácter significativo desta contribuição são *as condições do credor do crédito compensatório* – as suas “possibilidades” – e não as do seu devedor<sup>435</sup>. O propósito último do artigo 1676.º, n.º 2, é evitar que o autor da contribuição excessiva sofra uma injustiça substancial, pelo que não é relevante se para o outro cônjuge esta não representou uma contribuição significativa<sup>436</sup>. Por essa mesma razão, parece-nos não ser de considerar a percepção social (abstracta) que se tenha dos papéis dos cônjuges. Não fará sentido, por exemplo, esperar um contributo mais intenso no cuidado dos familiares por parte do cônjuge do sexo feminino, pelo facto de “no nosso imaginário cultural as mulheres cuidarem mais e melhor”<sup>437</sup>.

Isto não significa, todavia, que a avaliação seja feita do ponto de vista da percepção subjectiva do requerente. É necessário que se funde *nas suas condições objectivas* – nomeadamente as suas capacidade de trabalho, saúde e idade, os seus rendimento e património<sup>438</sup>. Daí que devemos atentar no esforço exigível a cada um dos cônjuges tendo em conta a *natureza da contribuição*.

#### **i. Contribuições de natureza financeira**

As contribuições de natureza financeira são, em princípio, mais facilmente avaliáveis. À partida, está já determinado o seu valor no mercado. Rendimentos e património apresentam logo um valor pecuniário e os direitos e poderes que se

---

<sup>433</sup> H. Hausheer, *Berner Kommentar* (Art. 165 ZGB), 254

<sup>434</sup> H. Hausheer, *Berner Kommentar* (Art. 165 ZGB), 254

<sup>435</sup> H. Hausheer, *Berner Kommentar* (Art. 165 ZGB), 254

<sup>436</sup> Cf. raciocínio análogo relativamente ao artigo 165 do ZGB, *Idem*.

<sup>437</sup> Maria Aranzazu, *Los deberes personales*, 286.

<sup>438</sup> Neste sentido, quanto à figura do artigo 165 do ZGB, ver H. Hausheer, *Berner Kommentar* (Art. 165 ZGB), 254

exercem sobre os bens também são quantificáveis nestes termos. Assim, é possível que um dos cônjuges contribua manifestamente mais do que o outro por esta via.

Tal facto pode fazer surgir os receios<sup>439</sup> de que um cônjuge – mais abonado patrimonialmente – tenha contribuído de forma consideravelmente superior, ficando o mais débil deste ponto de vista devedor de um crédito compensatório.

Em resposta a esta crítica, GUILHERME DE OLIVEIRA avançou que não é o facto de um dos cônjuges ter um ordenado maior que (e portanto, poder contribuir com mais) que lhe concede o direito a uma compensação, porque “provindo o dinheiro quer dos salários quer dos rendimentos dos bens comuns”, faz-se face aos encargos com património comum<sup>440</sup>. Ora, este argumento será válido na larga maioria dos casos, dado que a larga maioria dos casamentos está sujeita ao regime supletivo da comunhão de adquiridos, aos quais se juntam ainda aqueles em que vigora a comunhão geral. No entanto, os cônjuges, no exercício da liberdade de convenção, podem optar por um regime de separação de bens ou outro regime separatista, não havendo, então, património comum para responder pelos encargos da vida familiar. Tendo em conta que a aplicação do artigo 1676.º, n.º 2, é transversal a todos os regimes de bens, a contribuição financeira de um cônjuge com bens próprios (nomeadamente com o seu salário que permanece um bem próprio no regime de separação – art. 1735.º) poderia fazer surgir a aludida compensação receada. E, mesmo no contexto de um regime de comunhão, um dos cônjuges, na ausência ou na insuficiência de bens comuns, pode vir a fazer face às despesas com a manutenção da família com bens próprios. Ou ainda, um bem próprio deste, disponibilizado para o uso familiar, além do valor inerente ao uso do bem, pode ter sido totalmente depreciado pela sua utilização quotidiana<sup>441</sup>. Em todas estas situações, temos contribuições que podem assumir um avultado valor absoluto.

Consideremos, no entanto, outro argumento avançado pelo mesmo Autor, que já parece responder a este cenário. Na realidade, não é o facto de um poder contribuir com uma fatia maior, proveniente de um salário mais vultuoso ou de um património mais abastado, ou mesmo de ser o único a contribuir desta forma que permite concluir por uma contribuição *excessiva*, porque esta só o é se não se

---

<sup>439</sup> Estes receios foram veiculados na mensagem do Presidente da República fundamentando o veto por inconstitucionalidade publicada em II Série A - Número: 152 | 10 de Setembro de 2008.

<sup>440</sup> Guilherme de Oliveira, A nova lei, 19, nota 21.

<sup>441</sup> H. Hausheer, *Berner Kommentar* (art. 165 ZGB), 264, 265 e 265.

coadunar com a regra da contribuição segundo as possibilidades de cada cônjuge<sup>442</sup>. E tais possibilidades podem ser largas para um deles e limitadas (ou mesmo quase inexistentes)<sup>443</sup> para outro, e não existir, à luz daquele critério, qualquer desequilíbrio<sup>444</sup>. Na verdade, o próprio esforço *marginal* que é exigido a quem dispõe de muito para contribuir com mais é sempre menor do que o que se pede a quem dispõe de recursos mais limitados nas mesmas circunstâncias.

**ii. Gestão doméstica e cuidado dos filhos. A avaliação do trabalho.**

Sabemos também que a contribuição pode ser realizada através de trabalho despendido no lar ou na manutenção e educação dos filhos<sup>445</sup>. Assim, é o esforço exigível a cada um que marca a medida da contribuição. Ora, não podemos ignorar que, para efeitos do artigo 1676.º, n.º 2, o legislador revelou uma particular atenção à contribuição dos cônjuges realizada nestes termos<sup>446</sup>. É isto que justifica a ponderação, em termos qualitativos, deste contributos e a maior valorização e tutela concedida pela lei à contribuição pessoal em detrimento da patrimonial<sup>447</sup>, com a qual o decisor terá de ser mais exigente.

De todo o modo, esta contribuição pode e deve ser avaliada. Não é a sua mera existência que determina que seja “consideravelmente superior” ao critério do artigo 1676.º, n.º 2, nem que exceda necessariamente uma contribuição de cariz patrimonial.

---

<sup>442</sup> Guilherme de Oliveira, A nova lei, 19, nota 21.

<sup>443</sup> Pense-se em cônjuge que não seja detentor de património pessoal e que padeça de doença incapacitante que não lhe permita realizar qualquer actividade.

<sup>444</sup> Daí as críticas à ideia da mensagem do Presidente da República fundamentando o veto por inconstitucionalidade Publicada em II Série A - Número: 152 | 10 de Setembro de 2008, de que, para efeitos do funcionamento do artigo 1676.º, 2, os cônjuges seriam estimulados a manter uma “conta-corrente” do casamento, num aceno a uma visão “contabilística” do casamento, que contrastaria com a visão “afectiva” que tinha sido invocada durante o processo legislativo. Não se requer, assim, “uma contabilidade organizada durante o casamento” em que os cônjuges se veriam “obrigados a guardar os recibos dos pagamentos que cada um faz”. Guilherme de Oliveira, A nova lei, 19, nota 21. Aliás, segundo Cristina Dias, “a ausência de tal contabilização é que geraria situações graves de injustiça e de desequilíbrios patrimoniais”. Cristina M. Araújo Dias, Uma Análise, 62 e 63.

<sup>445</sup> Guilherme de Oliveira, A nova lei, 19, nota 21.

<sup>446</sup> A preocupação de tutela expressa na Exposição de Motivos do Projecto de lei n.º 509-X refere-se a estes contributos. Exposição de Motivos do Projecto de lei n.º 509-X, 3.

<sup>447</sup> É esta a posição expressa também por Rita Lobo Xavier, Recentes Alterações, 55 e 57.

Tradicionalmente, excluía-se a avaliação económica do trabalho doméstico que, pelo facto de não criar lucros, era considerado uma actividade não produtiva. Na verdade, para esta concepção, o facto de o valor económico do trabalho ser definido pelos salários pagos no mercado de trabalho, afastaria a possibilidade de atribuir um *valor quantificável* ao trabalho que não se presta em troca de um preço. No entanto, esta avaliação tem de ser feita por parte de diferentes decisores, nomeadamente pelo julgador. Ela é incontornável, e tem sido feita, por exemplo, em sede de acção de responsabilidade, quando se trata de avaliar os danos patrimoniais que advêm da morte ou ofensa à integridade física da pessoa que desempenha as tarefas domésticas<sup>448</sup>. Dois dos métodos mais relevantes centram-se na determinação do custo de vários serviços domésticos no mercado (*replacement cost*)<sup>449</sup> ou do valor do tempo do prestador no mercado (*opportunity cost approach*)<sup>450</sup>.

O método do *replacement cost* é a via seguida por BECKER, que considera que o valor do trabalho doméstico pode ser medido pelo que custaria adquirir esses serviços no mercado de trabalho para substituir o trabalho prestado pelos cônjuges e pais, tomando por referência o método desenvolvido por Robert Eisner em *The Total Incomes System of Account*. Ora, por regra, na prática, o ponto de comparação eleito no mercado limita-se à remuneração de serviços básicos.

No entanto, este método depara-se com dificuldades relevantes. Por um lado, arrisca-se a pecar por insuficiente do ponto de vista da perfeita tradução da referência ao mercado, já que há ainda a considerar os custos dos benefícios em espécie, como os seguros pagos a um trabalhador no mercado, as horas extraordinárias ou a realização simultânea de tarefas<sup>451</sup>. Por outro lado, não espelha a realidade do trabalho doméstico – este implica tarefas de outra ordem, que

---

<sup>448</sup> Também no ordenamento jurídico português - vejam-se os acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça de 13-05-2004, proc. 04A1549 (relator: Lopes Pinto), de 10/07/2008, proc. 1853/08 (Relator Cons. Fonseca Ramos), e de 23-04-2009, proc. 33/07.6PTCBBR.C1 (relator: Soares Ramos), todos in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt). A unanimidade no reconhecimento do valor económico do trabalho doméstico não levou, todavia, a idênticas soluções nos casos que versam a indemnização por danos patrimoniais decorrentes da morte do membro da família que assumia o trabalho doméstico. Assim, se nos casos de 2004 e de 2009 se reconhece a existência do mencionado dano, na decisão de 2008, o Supremo Tribunal de Justiça nega-lhe esta qualidade. Ver ainda os acórdãos do Tribunal da Relação de Lisboa de 01-06-1993, proc. 0070611 (relator: Afonso de Melo), in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

<sup>449</sup> Em *White v. White*, aventa-se como possibilidade de avaliação considerar o que uma empregada doméstica ou uma cuidadora de crianças ganharia para fazer o trabalho que a pessoa que fez as contribuições domésticas fazia e reconhece-se que esta solução é atraente, mas envolveria complexos cálculos hipotéticos sobre o tempo despendido. Eekelaar, John, *Family Law and Personal Life*, Oxford, Oxford University Press, 2006, p. 146.

<sup>450</sup> Estin, Ann Laquer, *Can Families Be Efficient?* 21.

<sup>451</sup> Ann Estin, *Can Families Be Efficient*, 22.

extravassam a mera caracterização do serviço doméstico (limpar, cozinhar, arrumar), nomeadamente no que diz respeito ao cuidado dos filhos. Na verdade, nem todas actividades realizadas à sombra desta vasta categoria assumem a mesma relevância familiar e social ou implicam o mesmo esforço do ponto de vista do prestador (que, como vimos, é o ponto de referência desta avaliação). Pense-se na realização de simples tarefas domésticas confrontadas com a educação dos filhos ou ainda com o cuidado de familiares dependentes que padeçam de doenças crónicas e incapacitantes, que exijam atenção permanente e preparação técnica por parte do cuidador<sup>452</sup>.

O método da *opportunity cost approach* tem sido alvo de reticências ainda maiores por parte dos tribunais, dado que, nas palavras de ESTIN, “parece “quase impossivelmente especulativa”, para além do que as regras sobre danos pessoais (*personal injury damages*) podem tolerar”. Na verdade, determinar quanto seria pago se se vendessem estes serviços no mercado também levanta problemas e, geralmente, os peritos forenses chegam à conclusão de que só seria possível ocupar uma posição não qualificada e mal paga, o que leva a que se atribua um baixo valor de mercado ao trabalho doméstico<sup>453</sup>. Estes cálculos abstractos de avaliação do tempo consagrado às tarefas domésticas pela vítima socorrem-se, quando disponíveis para o contexto social em que se inserem, de tabelas estabelecidas com base nas estatísticas relativas ao trabalho<sup>454</sup>. Para MALAURIE e FULCHIRON, esta aproximação ao valor do trabalho doméstico no contexto do Direito da família deve ser rejeitada, já que consideram que uma contabilização em termos de horas semanais da actividade da mulher no lar, por exemplo, seria contrária ao espírito conjugal e destruiria a vida em comum<sup>455</sup>. E também é afastado por HAUSHEER

---

<sup>452</sup> Beatrix Weber-Monecke, *Münchener Kommentar* (§ 1360b),337.

<sup>453</sup> Ann Estin, p. 22. Cf. Ac. do Supremo Tribunal de Justiça de 13-05-2004, proc. 04A1549 (relator: Lopes Pinto) “Não nos oferece dúvida que o trabalho doméstico da lida caseira deve ser valorado. Tão pouco oferece dúvida que uma política social e familiar correcta devia, mormente se por essa pessoa não for exercido um remunerado, deveria ser retribuído. A dificuldade começa desde logo quando se questiona a que título e por quem. A lida caseira surge como um labor normal e constante na sociedade, desempenhado, se em família, por qualquer dos cônjuges e partilhado muitas vezes pelos filhos e por aqueles que vivem debaixo do mesmo tecto.(...) Atenta quer a especificidade que, dentro da relação conjugal, a lida caseira representa quer a dificuldade na definição do título da retribuição (como salário ou vencimento não poderá, face ao nosso Direito, ser visto) não pode valer mais que uma mera referência o apelo ao salário mínimo nacional do qual as instâncias se socorreram. Porventura melhor enquadramento seria viável se a prova fornecesse o conhecimento de a falecida não desempenhar remuneradamente um ofício, da (des)necessidade de ser diário e a tempo inteiro o exercício dessa lida (v.g., se, tendo de haver substituição por assalariada, quanto despenderia em termos de tempo e de dinheiro), etc. Contudo, nada disso se conhece.”

<sup>454</sup> Foi o que aconteceu no contexto suíço, onde, com base no inquérito à população activa de 1997 - *Schweizerische Arbeitskräfteerhebung* (SAKE) 1997 - foram criadas tabelas que a jurisprudência já teve oportunidade de convocar. Volker Pribnow, Rolf Widmer, Alfonso Sousa-Poza, Thomas Geiser, *Die Bestimmung des Haushaltsschadens*, 24-41.

<sup>455</sup> É um critério recusado, no contexto francês, por Malaurie e Fulchiron consideram que uma contabilização em termos de horas semanais da actividade da mulher no lar, por exemplo, seria contrária ao espírito conjugal e destruiria a

relativamente à compensação do art. 165 ZGB. A atribuição de valores baixos ao trabalho doméstico a que ambos os métodos expostos conduzem faz surgir ainda outra crítica por parte da teoria feminista, que liga estes resultados aos problemas de género no mercado de trabalho<sup>456</sup>.

Percebemos assim que os modelos económicos de avaliação enfrentam dificuldades de adequação à realidade familiar enquanto seu objecto. Por um lado, partem do princípio de que os indivíduos actuam também no seio das relações familiares como actores racionais, maximizadores de utilidades, perante uma série de escolhas e com recursos limitados de tempo, energia, riqueza e outros recursos. Por outro lado, ao erigirem o problema económico-social da *eficiência*, ou seja, o princípio da optimização global de resultados, como o enquadramento para o tratamento dos problemas jurídicos<sup>457</sup>, fazem com que todos os aspectos da vida familiar tenham que ser sujeitos ao processo duplo de avaliação e troca, criando preocupações de *comoditização* das realidades familiares<sup>458</sup>. Ora, vimos que as próprias actividades envolvidas no serviço doméstico já suscitam perplexidades do ponto de vista da sua avaliação, mas estes problemas acentuam-se quando se trata de aplicar o paradigma do mercado a tudo o que a actividade doméstica implica - “o inteiro espectro de reprodução humana e de vida familiar”<sup>459</sup>.<sup>460</sup>

Na verdade, imagina-se que para a maior parte dos bens há sucedâneos, ainda que não perfeitos e que os indivíduos podem escolher livremente<sup>461</sup>. Ora, aquilo que é produzido pelo trabalho dos cônjuges no lar é dificilmente redutível a estes esquemas. Na verdade, podemos considerar que estes contributos apresentam um

---

vida em comum. Malaurie e Fulchiron, *La Famille*, 691. E afastado por HAusheer relativamente à compensação do art. 165 ZGB.

<sup>456</sup> Ann Estin, *Can Families be efficient?*, 22 e 23.

<sup>457</sup> António Castanheira Neves, Pessoa, Direito e Responsabilidade, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 6, Fasc. 1.º, Janeiro-Março, 1996, p. 30.

<sup>458</sup> Ann Estin, *Can Families be efficient?*, 20.

<sup>459</sup> Ann Estin, *Can Families be efficient?*, 29.

<sup>460</sup> Becker idealiza as famílias como *small factories*, produtoras de muitos serviços e bens valiosos, que constituem uma percentagem considerável do produto interno bruto. Becker considera o trabalho doméstico como importante *output* de todas as nações. Gary S. Becker, Guity Nashat Becker, *The Economics of Life*, 127. O autor aponta as posições contrastantes dos movimentos feministas quanto à contabilização do valor do trabalho doméstico produto interno bruto – por um lado, defende-se esta inclusão como forma de incrementar a consciência do valor do trabalho das mulheres e, consequentemente, fortalecer a sua posição negocial no seio do casamento; por outro lado outros movimentos consideram que este tipo de posições entram em conflito com os objectivos de integrar as mulheres no mercado de trabalho, *i.e.* fora do lar (Gary Becker, *The economics of Life*, 127). Posição de Becker - quantificação no PIB aumenta a Auto-estima das mulheres e homens que ficam em casa e dá uma imagem mais precisa do PIB (Gary Becker, *The economics of Life*, 128).

<sup>461</sup> Ann Estin, *Can Families be efficient?*, 23 e 24.



carácter *multifacetado* que faz com que assumam “significados plurais”, apresentando tanto uma componente económica como afectiva, que, segundo SILBAUGH, os converte simultaneamente em entidades inquantificáveis e passíveis de avaliação económica<sup>462</sup>. Necessário será que, para que se efectue uma valoração do seu conteúdo patrimonial, não se desconsiderem estes factores de outra ordem, que sublinham o carácter estritamente pessoal e a dimensão infungível do cuidado dos familiares, principalmente dos filhos, e que fazem com que o desempenho destas tarefas por parte de um terceiro contratado para o efeito não seja equivalente. Por essa razão, também, se percebe o enquadramento legislativo da contribuição para os encargos da vida familiar, no quadro dos efeitos pessoais da relação matrimonial—na verdade, esta contribuição concretiza, no plano económico, exigências de solidariedade e de igualdade no seio da família<sup>463</sup>.

Na jurisprudência que deriva do caso *White v. White*<sup>464</sup>, opta-se pelo denominado *princípio da duração*, que afasta a regra de que a contribuição doméstica e financeira se consideram iguais. Funciona, todavia, uma excepção quando intervêm circunstâncias especiais, nomeadamente quando o casamento foi de curta duração<sup>465</sup>. No entanto, nesta aproximação ao valor do trabalho doméstico, não se visa atingir uma avaliação objectiva do valor dessas contribuições, mas determinar a extensão destas contribuições de um em face às do outro<sup>466</sup>, numa lógica que nos parece tributária da ideia de que o trabalho doméstico constitui uma forma de contribuir para a aquisição de bens <sup>467</sup>.

---

<sup>462</sup> Katharine Silbaugh defende, o trabalho doméstico é multifacetado e assume “significados plurais”, tem tanto uma componente económica como afectiva e é simultaneamente inquantificável e passível e avaliação económica. Katherine B. Silbaugh, *Money as emotion*, 234.

<sup>463</sup> Em sentido análogo, Massimo Paradiso, *I rapporti personali tra coniugi*, 73.

<sup>464</sup> E que deve fixar a abordagem dos tribunais aos casos *Miller v. Miller* e *McFarlane v. McFarlane*. Eekelaar, John, *Family Law and Personal Life*, 146.

<sup>465</sup> Assim, pode dizer-se que, no caso de contribuições não-financeiras, o período de tempo em que foram feitas deve ser um factor relevante para decidir a extensão da “parte” (share) na totalidade dos bens que essas contribuições “ganharam” (earned). Eekelaar, John, *Family Law and Personal Life*, 146.

<sup>466</sup> Eekelaar, John, *Family Law and Personal Life*, 146.

<sup>467</sup> Também nos chamados “modelo da comparação” e “modelo da contribuição” apresentados por Tone Sverdrup para o contexto escandinavo já entram considerações estranhas à mera quantificação do trabalho de gestão doméstica e cuidado dos filhos enquanto entidade autónoma e joga mais a sua ponderação na distribuição do excedente no momento da partilha, no âmbito de sistema de participação. No “modelo da comparação”, avalia-se o trabalho dentro de casa, mas também o que é exterior a esta, deduzindo-se os custos de consumo atribuídos a cada cônjuge. Os resultados líquidos são comparados e são entendidos como a contribuição de cada um para o excedente a distribuir na partilha em caso de divórcio. No “modelo da contribuição” estabelece-se uma relação dependência entre os contributos dos cônjuges. Considera-se que os esforços do trabalho dos cônjuges podem ser iguais num dado momento, mas a desigualdade pode gerar-se ao longo do tempo, porque uma contribuição se consome e a outra é passível de ser investida. Deste modo, o cônjuge que contribui para a gestão da casa e da família não necessita de fazer uma contribuição extraordinária para contribuir normalmente para o excedente. Um esforço a nível normal será suficiente. A questão é saber como se

**iii. Colaboração de um cônjuge na actividade profissional, comercial ou industrial do outro**

Pensemos, por fim, na colaboração na actividade profissional ou empresarial do outro cônjuge. Esta, sim, é ela própria uma actividade realizada no mercado. Todavia, só é compensável aquilo que for excessivo face ao cumprimento dos deveres conjugais e não tenha sido prestado ao abrigo de outra figura jurídica. Em tal caso, o resultado do trabalho pertence ao outro cônjuge – o profissional, o empresário. No entanto, se o colaborador houver para si frutos do trabalho, esse facto, em última análise, afectará o montante do crédito compensatório<sup>468</sup>.

Em conclusão, podemos e devemos procurar bordões que nos apoiem na pesagem das diferentes contribuições, mas, em última análise, não poderemos renunciar a uma apreciação de natureza qualitativa. É que, na verdade, e não obstante a admissibilidade de reconhecimento de um valor económico às contribuições de mais difícil apreensão, como a gestão ou o trabalho domésticos ou o cuidado dos filhos, tal não significa que o que releva aqui seja um valor de mercado. Há outros elementos a considerar e, portanto, estaremos a comparar sempre grandezas diferentes.

Não terminam aqui, todavia, as exigências de ponderação da situação (contributiva) dos dois cônjuges. Na versão do Projecto de lei n.º 509-X<sup>469</sup>, o único pressuposto a considerar no reconhecimento da titularidade do direito a uma compensação era o facto de existir *contribuição* de um dos cônjuges para os encargos da vida familiar que fosse *manifestamente superior* à parte que lhe incumbia nos termos do artigo 1676.º, n.º 1. Fazendo esta prova, o requerente

---

equaciona a conexão económica entre a contribuição directa do ganha-pão para o excedente e o trabalho doméstico do outro. Tem-se entendido que se pode criar como referência a ideia de que o trabalho de gestão doméstica de um liberta ou tempo ou capital para o outro. Libertará capital porque evitou que o outro cônjuge tivesse recorrido a serviços exteriores. Tal ligação poderá estabelecer-se quando se trata da assunção de tarefas domésticas. Mas, quando se trata do cuidado dos filhos, dada a natureza da actividade desenvolvida, considera-se que se permitiu a libertação de tempo para o outro cônjuge. Na verdade, este cuidado pelos progenitores nunca é totalmente substituível por terceiros e as opções dos pais relativamente à sua prestação deve reflectir-se no tratamento jurídico deste cuidado. Esta é a posição do Supremo Tribunal da Noruega, como no dá nota Tone Sverdrup, *Compensating Gain and Loss in Marriage*, 474-478.

<sup>468</sup>H. Hausheer, *Berner Kommentar* (art. 165 ZGB), 261.

<sup>469</sup> Versão que foi aprovada pelo Decreto 232/X (Aprovado em 4 de Julho de 2008) [DAR II série A Nº.141/X/3 2008.07.25 (pág. 11-21)]

tornar-se-ia credor do outro pelo que houvesse contribuído para além do que lhe competia. Não foi esta, todavia, a redacção que passou valer como lei<sup>470</sup>.

Na verdade, não basta que um dos cônjuges tenha realizado uma contribuição *consideravelmente superior* à exigida pelo critério legal. O surgimento deste direito está dependente não apenas da mencionada contribuição, mas também da sua associação com outros pressupostos – a renúncia de forma excessiva à satisfação dos seus interesses em favor da vida em comum e a existência de prejuízos patrimoniais importantes<sup>471</sup>, que analisaremos.

## 1.2. RENÚNCIA DE FORMA EXCESSIVA À SATISFAÇÃO DOS SEUS INTERESSES EM FAVOR DA VIDA EM COMUM

Para além da medida “manifestamente superior” ao legalmente exigido deve existir uma relação causal<sup>472</sup> entre a medida acrescida dos *apports* de um cônjuge e uma determinada categoria de “renúncias”. O cônjuge que realizou a sobre-contribuição deve tê-lo feito “*porque* renunciou de forma excessiva à satisfação dos seus interesses em favor da vida em comum” (itálico nosso).

Assim se excluem não só as contribuições manifestamente superiores que não implicaram qualquer tipo de renúncia, mas também as que implicaram renúncia a interesses de natureza diferente da prevista. Na verdade, temos de estar perante interesses *próprios* do cônjuge prestador, que contrastam com os que estão associados à *comunidade familiar*.

### 1.2.1. Natureza dos interesses a que se renunciou

Para se referir aos *interesses do cônjuge* a doutrina utilizou já expressões como “interesses pessoais”<sup>473</sup> ou “vida pessoal”<sup>474</sup> e com a palavra *pessoal* pretende

<sup>470</sup> Na sequência do veto do Presidente da República, o Decreto 245/X, Aprovado em 17 de Setembro de 2008 (14 | II Série A - Número: 004 | 26 de Setembro de 2008), consagrou já a nova redacção, que veio a tornar-se lei, com a Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro.

<sup>471</sup> É mais um argumento contra o risco anunciado de o cônjuge mais rico, auxiliado por este facto, ficar titular de um crédito de compensação face ao outro.

<sup>472</sup> Rita Lobo Xavier, *Recentes Alterações*, 51.

<sup>473</sup> Rita Lobo Xavier, *Recentes Alterações*, 48, 49 e 51.

expressar a dicotomia vida familiar/vida individual-pessoal e não a dicotomia vida profissional/vida pessoal. A dimensão profissional é, aliás, a mais destacada área onde se dão tais renúncias. Vejam-se os casos clássicos de abandono de actividade profissional ou de assunção de uma actividade a tempo parcial, da recusa de promoções, tendo em vista preservar condições da vida familiar, da desistência de cursos de formação profissional ou da falta de disponibilidade para assumir novas funções que impliquem horários ou deslocações dificilmente compatíveis com os afazeres domésticos<sup>475</sup>.

O legislador limitou-se a enunciar esta faceta – menciona a renúncia à satisfação dos interesses de um dos cônjuges, “designadamente à sua vida profissional”. Isso não significa, necessariamente, que outro tipo de desistências seja irrelevante, já que a referência feita na lei à “vida profissional” é meramente exemplificativa (o advérbio “designadamente” assim o indica). Na verdade, podem ser da maior importância a renúncia ao prosseguimento de estudos académicos ou o abandono de formação. No entanto, não podemos deixar de notar a ligação destes projectos com a vida profissional, pelo que estarão em causa interesses análogos. Mais afastadas estarão dimensões mais íntimas da existência – que dizem respeito à manutenção de relações pessoais com outros familiares ou amigos ou de actividades de lazer<sup>476</sup>, mas também à própria saúde física e emocional das pessoas dos cônjuges. Ora, na verdade, estas não parecem poder excluir-se do âmbito deste pressuposto do artigo 1676.º, n.º 2. A questão – e aí chegaremos – é se podem suscitar também os “prejuízos patrimoniais importantes” que a norma também exige.

Também não poderemos excluir as renúncias realizadas para acomodar as chamadas “preferências de estilo de vida”. Na teoria de ELLMAN, que veio a fundar as soluções relativas aos *compensatory payments* do *Principles of the Law of Family Dissolution*, afasta-se a possibilidade de fundar uma compensação em comportamentos dos cônjuges que não sejam “financeiramente racionais”. Só as escolhas que possam ser classificadas deste modo constituem *marital investment* para o efeito de funcionamento deste mecanismo. Isto conduz à conclusão de que a

---

<sup>474</sup> Guilherme de Oliveira, *A nova lei*, 19.

<sup>475</sup> Não assistimos em Portugal a fenómenos que se assemelhem à chamada “opt-out revolution”, ou seja, ao crescimento do número de mulheres que escolhem o trabalho doméstico a tempo inteiro. Starnes, Cynthia Lee – «Mothers as Suckers: Pity, Partnership and Divorce Discourse», *Iowa Law Review*, Vol. 90, N. 4, April, 2005, 1525.

<sup>476</sup> Guilherme de Oliveira, *A nova lei*, 20.

perda de capacidade de ganho para acomodar diferenças de estilo de vida não é compensável<sup>477</sup>. Não podemos, todavia, fazer a mesma leitura da nossa norma. Na verdade, não presidiu às opções do legislador português uma lógica de promoção da eficiência que está na base do pensamento de ELLMAN. À figura do artigo 1676.º, n. 2, subjazem preocupações de justiça material, que pretendem diminuir o impacto que as escolhas fundadas no acordo dos cônjuges, mas que pesam sobre um deles, em favor da vida comum (e assim também em favor de escolhas de estilo de vida de que um deles beneficie), tenham sobre aquele que realizou as mencionadas renúncias. No entanto, têm de ser feitas para garantir tal contribuição excessiva.

Não nos parece, todavia, que possamos incluir aqui as renúncias que se deram no contexto dos chamados *preparatory behaviour*<sup>478</sup>. Na verdade, para que possamos fazer um dos cônjuges responder perante o outro nos termos do n.º 2 do artigo 1676.º, teremos que inserir as opções realizadas já no quadro da relação matrimonial ou com relação directa com esta. Os puros *preparatory behaviours* espelham problemas de igualdade de género, com implicações no casamento, mas não imputáveis ao outro cônjuge e, portanto, merecerão resposta diversa.

#### 1.2.2. Carácter excessivo da renúncia

Acrescenta-se, igualmente, que a renúncia aos interesses que procurámos determinar terá sido realizada “de forma excessiva”, o que levanta, novamente, questões de mensurabilidade de realidades que dificilmente se sujeitam a estes esquemas. Assim, parece-nos que teremos de fazer uma aproximação que tenha em conta a diversidade de “renúncias” que estão aqui implicadas, em função das contribuições prestadas.

Pensemos, em primeiro lugar, no caso mais claro das desistências e cedências levadas a cabo no âmbito da vida profissional. RITA LOBO XAVIER avança que a renúncia, seja total, seja parcial, ao exercício de uma actividade profissional remunerada será sempre “excessiva” face a uma situação de divórcio<sup>479</sup>. Na verdade,

<sup>477</sup> V. Princípio 2 e regra 2.1. da *Theory of Alimony* de Ellman. Para Ellman, só o comportamento de *partilha financeiramente racional* se qualifica como *marital investment* (Princípio 2) e a perda de capacidade de ganho incorrida para acomodar as *preferências de estilo de vida* não são compensáveis (Regra 2.1). Ira Ellman, *The Theory of Alimony*, 58 ss.

<sup>478</sup> American Law Institute, *Principles of the Law*, 848.

<sup>479</sup> Rita Lobo Xavier, *Recentes Alterações*, 48 e 49, nota 54.

a ideia da Autora é que, justificando-se esta renúncia *pele projecto de vida comum* assumido em função do casamento e, desaparecendo este com a dissolução do casamento, deixa de existir a contrapartida de tal investimento<sup>480</sup>.

Ora, se é certo que a “vida profissional” é apontada como uma área possível do preenchimento daquela factualidade, o facto de ser o único tipo de interesses aludido dentro da categoria genérica mencionada denota o maior peso de tais renúncias. Todavia, partindo do argumento de RITA LOBO XAVIER, há que ponderar estas desistências em função do projecto comum em homenagem ao qual foram realizadas. Pensemos, por exemplo, na renúncia à progressão profissional, tendo em vista libertar tempo para cuidar do filho do outro cônjuge, que reside com o casal. Quer enquadrando a prestação de cuidados no dever de contribuição para os encargos da vida familiar, quer no dever de cooperação, a dedicação a esta actividade pode configurar uma contribuição consideravelmente superior ao exigido e, existindo renúncia à vida profissional, atingirá mais facilmente a fasquia do “excessiva”, dado que se trata de um dos cônjuges assumir um encargo que não era *directamente* seu e que só por via do casamento (que se dissolveu) o assumiu face ao outro cônjuge<sup>481</sup>.

Também estamos perante situações de abandono da vida profissional por parte de um cônjuge no caso clássico da *executive wife*. Todavia, apesar da renúncia ser excessiva, à luz do critério que enunciámos, muitas vezes não encontramos a contribuição consideravelmente superior que é exigida para justificar o crédito compensatório. Podemos, sim, ter uma contribuição exclusiva ou claramente maioritária, e de natureza económica, prestada pelo outro cônjuge. Surge, então, novamente o problema de saber se o cônjuge mais rico poderá vir a ser titular de um direito a compensação. Ora, na maior parte dos casos não há renúncias consideráveis da parte deste – nem profissionais, nem de outro nível. Manterá o mesmo investimento na profissão e não renunciará a interesses pessoais de outra sorte. Não surgirá, por este motivo, o crédito compensatório.

---

<sup>480</sup> Rita Lobo Xavier, *Recentes Alterações*, 56.

<sup>481</sup> Ver os *Principles of the Law of Family Dissolution*, Princípios do American Law Institute que nos seus *compensatory payments* inclui como fundamento factor potenciador da perda de capacidade de ganho que os justifica não só o cuidado de filhos comuns, como o cuidado de filhos unilaterais. Faz esta extensão facilmente quando se trata do cuidado de filhos do outro cônjuge, mas quando trata do cuidado do filho do requerente durante o casamento deste, acaba por admitir que, a partir de um período mínimo de casamento que teria de ser definido por regra estatal, pudesse ser requerido ao padrasto que suportasse também parte do prejuízo que adveio da assunção deste cuidado durante o casamento. American Law Institute (The) – *Principles of the Law of Family Dissolution: Analysis and Recommendations*, Chief Reporter: Ira Mark Ellman, San Francisco, Mathew Bender & Co., Inc., 2002, p. 835 e 836.

Lembremos, por fim, a colaboração na actividade profissional ou empresarial do outro cônjuge. Um cônjuge que assuma este encargo, renuncia a uma carreira profissional própria, enquanto a exerce de facto. E ao fazê-lo, ainda que tenha algum retorno do ponto de vista económico (nos termos a que já aludimos), desiste de ou minimiza formação de direitos próprios, nomeadamente de benefícios sociais e de direito à pensão de reforma. O exercício prolongado da actividade de colaboração nestes termos dificilmente não configurará a renúncia *excessiva* a interesses próprios.

### 1.3. PREJUÍZOS PATRIMONIAIS IMPORTANTES

O enunciado legislativo do artigo 1676.º, n.º 2, conduz-nos, por fim, à exigência de que o facto de o cônjuge ter renunciado de forma excessiva à satisfação dos seus interesses próprios em função de um esforço contributivo manifestamente superior ao previsto tenha causado “prejuízos patrimoniais importantes”. É neste elemento que nos parece poder encontrar-se a chave de interpretação da norma do novo artigo 1676.º, n.º 2<sup>482</sup>. Na verdade, o crédito compensatório visa constituir uma resposta aos “prejuízos” causados pelo comportamento contributivo que acabámos de caracterizar.

#### 1.3.1. Identificação dos “prejuízos”

Podemos organizar os “prejuízos” a que os pagamentos compensatórios entre ex-cônjuges visam responder em três grupos principais: os que advêm da dissolução do casamento; aqueles que foram causados pela forma como os cônjuges conduziram o casamento; e os que traduzem o interesse de reaver um *específico* benefício conferido à outra parte durante e tendo em vista o casamento<sup>483</sup>.

<sup>482</sup> No mesmo sentido, embora sem retirar as mesmas consequências quanto à natureza do instrumento, LOBO XAVIER declara que o “elemento de ponderação mais consistente” poderá ser encontrado na referência aos “prejuízos patrimoniais importantes”. Rita Lobo Xavier, *Recentes Alterações*, 57.

<sup>483</sup> Adoptamos este modelo de organização da nossa análise, à semelhança de CARBONE, que transpôs de forma livre os interesses de *expectation*, *reliance* e *restitution*, que presidem aos *remedies* anglo-saxónicos para o seu tratamento dos mecanismos de compensação pós-divórcio. June Carbone, *Economics, Feminism*, 1472. Não ignoramos que nos estamos a socorrer das finalidades que são eleitas como “cânone geral para leitura dos diversos alcances da indemnização no direito anglo-americano”, como nos explica MOTA PINTO – Paulo Mota Pinto, *Interesse Contratual*, vol. I, 291 e 303 –, que estas são objecto de contestação (*idem*, 318) e que não existe uma perfeita correspondência entre estas categorias e as do

Procuraremos, assim, determinar em que categoria podemos inserir os “prejuízos patrimoniais importantes” do crédito compensatório português.

#### 1.3.1.1. Prejuízos causados pela dissolução do casamento

##### i. Referência “contratual” do casamento

A primeira categoria traduz o interesse de o ex-cônjuge ser colocado na *situação em que estaria caso o casamento se tivesse mantido*. A doutrina norte-americana desenvolveu esta perspectiva enquanto expressão da indemnização por incumprimento do contrato, que se traduz na atribuição de *expectation damages*<sup>484</sup> e que pode encontrar paralelo no *interesse contratual positivo* ou *de cumprimento*<sup>485</sup>. Deste entendimento decorre a ideia de que, somente em caso de incumprimento do contrato matrimonial por parte de um cônjuge, este seria obrigado a garantir ao outro o nível de vida do casamento. É, assim, associado a uma lógica contratual, que liga as consequências económicas do divórcio à determinação da responsabilidade pela ruptura do casamento<sup>486</sup>; orienta-se para a vítima, foca-se apenas na perda do cônjuge cumpridor e impõe-na ao faltoso<sup>487</sup>.

O “prejuízo” é, assim, avaliado nesta perspectiva em função do *nível de vida gozado durante o casamento*. Esta será, aliás, a solução que, segundo os cultores da análise económica, como POSNER<sup>488</sup> ou POLINSKY<sup>489</sup>, melhor serve o propósito de

---

direito continental. Desde logo, quanto à sua génese, cf. Paulo Mota Pinto, *Interesse Contratual*, vol. I, 245 e ss. Não pretendemos, no entanto, nem fazer uma transposição destas categorias para o nosso contexto, nem sequer tratar as questões levantadas pelo crédito compensatório à luz de estritos quadros contratuais ou com o foco na análise económica. Esta estrutura pode, assim, ter adoptado esta tripartição como esqueleto, mas o corpo da análise não se encontra constringido pelos seus quadros. Uma opção em sentido diferente revelar-se-ia violentadora dos institutos de Direito da Família e da sua particular lógica.

<sup>484</sup> Ver por todos, ALI, *Principles of the Law*, 807 e ss.

<sup>485</sup> Fernando Araújo, *Teoria Económica*, 725 a 727. Mário J. Almeida Costa, *Direito das Obrigações*, 1045.

<sup>486</sup> Para LANDES, os *alimony* incentivam uma alocação óptima de recursos dentro do casamento, aumentam os ganhos do casamento e encorajam a sua formação, produtividade e estabilidade. Elisabeth M. Landes, *The Economics of Alimony*, 35.

<sup>487</sup> June Carbone, *Economics, Feminism*, 1474.

<sup>488</sup> Na perspectiva de Posner, a *expectation measure* aproxima-se mais dos danos sofridos do que a *reliance measure* e produz melhores incentivos, mas não deixa de notar as suas fraquezas no âmbito do contrato. Richard A. Posner, *Economic Analysis of Law*, 133. Centrando-se, depois, na realidade do divórcio, POSNER retoma a imagem do incumprimento do contrato matrimonial para apontar aos *alimony* uma função económica de responder aos danos causados por este. Richard A. Posner, *Economic Analysis of Law*, 170.

<sup>489</sup> Polinsky considera que a medida da *expectation* encoraja “*excessive reliance investments*”. Note-se que a análise de Polinsky se refere genericamente ao contrato e não se detém especificamente sobre o casamento. A. Mitchell Polinsky, *An Introduction to Law and Economics*, 38, 40 e 41.



desencorajar o incumprimento contratual, ou seja, o que, no prisma que agora nos interessa, tem um maior efeito de desincentivar o divórcio. Todavia, a eleição de tal fundamento para os pagamentos compensatórios não teve lugar na teoria de ELLMAN – também marcada por uma lógica tributária da análise económica – que serviu de base aos princípios do ALI, não obstante o seu objectivo declarado de evitar o divórcio. Na base de tal rejeição terá estado a ligação efectuada com o incumprimento contratual<sup>490</sup>. Na verdade, aquela construção efectua uma transposição demasiado literal das regras de funcionamento dos contratos à realidade do casamento, que acaba por se revelar desadequada.

Entre nós, apesar do problema da classificação contratual do casamento se encontrar resolvido à partida, justificam-se as mesmas reticências. De facto, é certo que o legislador civil português, de forma algo original relativamente aos seus congéneres, define o casamento e crisma-o como um contrato (art. 1577.º do CCiv). Fá-lo em atenção à sua estrutura e ao papel que efectivamente desempenha a autonomia da vontade na sua constituição<sup>491</sup>. Mas, como PEREIRA COELHO tão impressivamente enuncia, é um contrato *outro*<sup>492</sup>. Assim, se, por um lado, temos de considerar a estrutura contratual do casamento, que nos convoca para encetar algum diálogo com o regime dos contratos, não podemos, por outro lado, tendo em conta a particular natureza da relação que o casamento funda, transpor sem mais a lógica daqueles para presidir ao seu funcionamento.

O ALI, na análise do casamento que serviu de base à elaboração dos *Principles of the Law of Family Dissolution*, nota as dificuldades de assimilar o casamento a esquemas contratuais. A grande referência do ALI, a *Theory of Alimony* de ELLMAN, impressiona-se, principalmente, com aquilo que apelidou de *colapso do consenso social quanto à natureza do casamento* como justificação para o apelo aos esquemas contratuais<sup>493</sup>. Todavia, ao abrigo da figura do contrato, só concebe a existência de *alimony*<sup>494</sup> como decorrente do *incumprimento* do contrato matrimonial e, nesta linha, embate com a necessidade de provar o incumprimento (a violação de deveres conjugais), que seria grandemente dificultado pela prova das “motivações

---

<sup>490</sup> Ira M. Ellman, *The Theory of Alimony*, 16.

<sup>491</sup> Sobre a classificação do casamento como contrato, cf. Inocêncio Galvão Telles, *Manual dos Contratos em Geral*, 54.

<sup>492</sup> F. M. Pereira Coelho; Guilherme de Oliveira, *Curso*, 626.

<sup>493</sup> Ira M. Ellman, *The Theory of Alimony*, 13.

<sup>494</sup> O termo *alimony* aparece neste contexto, como aliás em boa parte da doutrina anglo-americana, referindo-se não só à clássica obrigação de alimentos, como também à reformulação desta figura, assumindo uma feição *praeter* alimentar.

complexas” que levaram ao casamento. Para ELLMAN, aceitar a óptica contratual significaria, assim, reintroduzir uma reprodução dos juízos de culpa<sup>495</sup>. Tal condu-lo a afastar-se da teoria contratual, embora nem sempre com argumentos convincentes. Na sua crítica às soluções preconizadas na *Theory of Alimony*, CARBONE argumenta que, apesar de ELLMAN rejeitar os *expectation damages*, o seu propósito – o desejo de deter o divórcio ineficiente e encorajar a confiança na vida matrimonial – é a justificação clássica destes<sup>496</sup>.

O apelo da lógica contratual para enraizar os pagamentos compensatórios pós-divórcio não deixou de conhecer, todavia, outras manifestações dignas de nota. Pense-se, por exemplo, na base concedida pela analogia do casamento com o contrato relacional. Esta perspectiva foi explorada por SCOTT e SCOTT, que defendem que o casamento deve ser regulado por “normas relacionais” do casal<sup>497</sup> e por “normas sociais” que o reforçam<sup>498</sup>. Os Autores defendem que a regulação contemporânea dos *alimony*<sup>499</sup> funciona em parte segundo a lógica do contrato relacional, já que lhes atribuem a função de “seguro contra o prejuízo financeiro sofrido em virtude do divórcio pelo cônjuge que realizou investimento específico no casamento”<sup>500</sup>.

Por fim, talvez a analogia contratual mais forte (e mais presente na doutrina e jurisprudência norte-americana) seja aquela que se estabelece com a *partnership*. É digno de especial nota neste contexto o entendimento do casamento como *investment partnership*, que serve de base às propostas mais generosas de igualização do rendimento pós-divórcio. Daí que seja mais adequadamente tratado – em termos da figura *praeter* alimentar que pode fundar – no âmbito das teorias da *restitution*.

Voltamos, assim, à caracterização do casamento como “contrato *outró*”, dificilmente reconduzível a figuras contratuais que emirjam de outros cenários jurídicos. Deste modo, ao equacionarmos as respostas aos “prejuízos” causados no contexto do contrato matrimonial e em particular da sua dissolução, teremos de

<sup>495</sup> Ira M. Ellman, *The Theory of Alimony*, 11, 19, 20 e 23 e ALI, *Principles of the Law*, 808.

<sup>496</sup> June Carbone, *Economics, Feminism*, 1466.

<sup>497</sup> Elizabeth S. Scott; Robert E. Scott, *Marriage as a Relational Contract*, 1263 e ss.

<sup>498</sup> Elizabeth S. Scott; Robert E. Scott, *Marriage as a Relational Contract*, 1333.

<sup>499</sup> Utiliza-se o termo genérico *alimony*, mas abrange-se um entendimento compensatório.

<sup>500</sup> Elizabeth S. Scott; Robert E. Scott, *Marriage as a Relational Contract*, 1333.

tomar como principal referência as soluções pensadas tendo por base uma lógica familiar, ao invés de forçar a sua inserção em categorias gerais.

**ii. Danos causados pela dissolução do casamento. A solução do artigo 1792.º do CCiv.**

Historicamente, no contexto nacional, nunca se assistiu à consagração de um princípio de imunidade dos cônjuges, à semelhança dos sistemas anglo-saxónicos<sup>501</sup>. Assim, relativamente aos ilícitos comuns, é incontestada a aplicação das regras gerais da responsabilidade civil<sup>502</sup>. As dúvidas só se têm levantado de forma mais viva no que diz respeito aos chamados ilícitos matrimoniais. Neste âmbito, é digna de nota a discussão acerca do princípio da fragilidade da garantia. Este princípio funda o entendimento de que as regras gerais da responsabilidade civil não são aplicáveis à violação dos direitos familiares pessoais<sup>503</sup>. Visa-se, assim, furtar o *específico familiar* a uma intervenção indesejada dos tribunais ao arrepio da paz familiar<sup>504,505</sup>.

<sup>501</sup> Duarte Pinheiro nota que, apesar de já se admitir desde o séc. XIX que um dos cônjuges que vigorou até à Constituição de 1976 propusesse acções de responsabilidade civil contra o outro, o modelo de sociedade conjugal com preponderância do marido levou a que estas não fossem (ou só em pequeno número fossem) propostas. Jorge Duarte Pinheiro, *O núcleo*, 551 e 552. No mesmo sentido, Ângela C. S. Cerdeira, *Da Responsabilidade Civil*, 48 e 58, nota que, apesar da ausência da sua consagração, na prática, estas matérias não surgiam nos Tribunais. O princípio da imunidade dos cônjuges, que conheceu importante expressão no contexto anglo-americano, traduz a ideia de que um cônjuge não pode procurar obter ressarcimento pelos danos causados por acto ilícito praticado pelo outro. Num primeiro momento, este princípio alicerçou-se teoricamente no princípio da “*unity of spouses*”, ou seja, na fusão jurídica das pessoas dos cônjuges operada pelo casamento, que operava a concentração de direito e obrigação na mesma entidade jurídica e impossibilitava que o cônjuge lesado pudesse demandar em juízo o lesante. Tal concentração era secundada pela falta de capacidade judiciária da mulher casada, o que levaria a que o marido na acção comparecesse simultaneamente como autor e como réu. Num período mais recente, confrontado com o movimento social e jurídico de emancipação da mulher, o princípio da imunidade procurou o seu fundamento na protecção da harmonia familiar e da paz doméstica. Todavia, também este argumento se veio a mostrar insustentável e o princípio sofreu uma progressiva erosão mesmo no contexto anglo-americano (vejam-se os marcos do Law Reform (Husband and Wife) Act de 1962 ou do Married Women’s Property Acts), que se traduziu na tendência jurisprudencial e legislativa para abolir este princípio. Cf. Salvatore Patti, *Intra-Family Torts*, 7-13, Ângela C. S. Cerdeira, *Da Responsabilidade Civil*, 17 e ss., e Jorge Duarte Pinheiro, *O núcleo*, 530 e ss. Para Mafalda Miranda Barbosa, *Família e Responsabilidade Civil*, 64, nota 11, com a admissibilidade do divórcio deixa de fazer sentido o princípio da imunidade entre os cônjuges, uma vez que “ele só se pode basear na união perfeita dos cônjuges que é abalada com a regulamentação actual da extinção da relação”. A Autora lembra que, ao nível do princípio da imunidade, se joga com a própria impossibilidade de demanda em caso de violação de direitos absolutos destes.

<sup>502</sup> Ângela Cerdeira, *Da Responsabilidade Civil*, 40 e ss.

<sup>503</sup> Neste sentido, Pereira Coelho, na edição de 1965 do Curso de Direito da Família, p. 21, posição que, todavia, veio a rever. Note-se que Pereira Coelho excluía deste âmbito as acções de indemnização intentadas já depois do divórcio, por não se aplicarem as razões que justificavam tal princípio. Pereira Coelho, *Curso*, 1960, p. 867 e Pereira Coelho, *Curso*, 1970, p. 367. Cf. F. M. Pereira Coelho; Guilherme de Oliveira, *Curso*, 156. Cf. quanto às razões avançadas para justificar o princípio da fragilidade da garantia, Jorge Duarte Pinheiro, *O núcleo intangível*, 568 e ss.

<sup>504</sup> Neste sentido, Diogo Leite de Campos, *Lições de Direito da Família*, 141 e 142.

<sup>505</sup> Sobre o ilícito conjugal no âmbito das consequências do divórcio, cf. Jorge Duarte Pinheiro, *O núcleo intangível*, 620 e ss.

Antes da Reforma de 2008, o Código Civil referia expressamente<sup>506</sup> apenas a possibilidade de indemnização dos danos não patrimoniais causados pela dissolução do casamento. Previa-se que o cônjuge declarado único ou principal culpado<sup>507</sup>, bem como o cônjuge que tivesse pedido o divórcio com o fundamento na alteração das faculdades mentais do outro, fosse responsabilizado por estes danos (artigo 1792.º, na redacção do Decreto-Lei n.º 496/77, de 25 de Novembro). Ora, mesmo face a este enquadramento, havia já quem defendesse o reconhecimento, ao lado deste direito expressamente consagrado, de um direito a indemnização fundado na violação dos deveres conjugais, de acordo com as regras gerais da responsabilidade civil<sup>508</sup>.

A controvérsia vive hoje uma nova fase, em virtude das alterações legislativas introduzidas da Lei n.º 61/2008, e em particular no artigo 1792.º do Código Civil. A versão actual desta norma passou a prever o direito do cônjuge lesado a “pedir a reparação dos danos causados pelo outro cônjuge, nos termos gerais da responsabilidade civil e nos tribunais comuns” (n.º 1). Esta redacção do preceito motivou uma renovada abertura para afirmar a queda do princípio da fragilidade da garantia<sup>509</sup>. Sustenta agora uma parte significativa da Doutrina nacional que tal

---

<sup>506</sup> Note-se que a responsabilidade civil entre os cônjuges, emergente da violação dos seus deveres patrimoniais, recebe tratamento específico – cf. o artigo 1681.º do Código Civil, a propósito dos danos causados pelo cônjuge administrador. Para HÖRSTER, a queda do princípio da fragilidade da garantia, que entende ter sido operada pela Lei n.º 61/2008, vale tanto para a violação de direitos familiares pessoais como patrimoniais, funcionando as disposições do artigo 1681.º como “regras especiais, preservadas pela nova lei e restringidas ao exercício da administração de bens do casal”. Heinrich Ewald Hörster, *A responsabilidade civil entre os cônjuges*, 110. Ver *infra*.

<sup>507</sup> Assim, tanto poderia ser obrigado a indemnizar o cônjuge réu, declarado único ou principal culpado, em sede de divórcio decretado com fundamento no anterior artigo 1779.º do Código Civil, como o cônjuge autor se tivesse sido deduzido pedido reconventional que tivesse resultado na mencionada declaração ou, se tendo o réu alegado faltas do autor, estas resultarem provadas, fundando assim a sua declaração de culpa. Ver Miguel Teixeira de Sousa, *O regime jurídico do divórcio*, 124.

<sup>508</sup> F. M. Pereira Coelho, *Divórcio e separação judicial de pessoas e bens*, 48, COELHO, Francisco Manuel Pereira – *Curso de Direito de Família*, vol. I, Direito Matrimonial, Coimbra, 1960, p. 867 e 868, COELHO, Francisco Manuel Pereira – *Curso de Direito de Família*, vol. I, Tomo 2.º, Direito Matrimonial, Unitas, Coimbra, 1970, p. 367, F.M. Pereira Coelho, *Curso*, 1965, p. 541-542, F. M. Pereira Coelho; Guilherme de Oliveira, *Curso*, 156, 157 e 708. Também DUARTE PINHEIRO vem reclamar a garantia comum para os direitos conjugais, que considera decorrer claramente do artigo 1792.º, n.º1, na actual redacção, ao abrigo das regras dos artigos 483.º ss. Jorge Duarte Pinheiro, *O Direito da Família Contemporâneo*, 2013, 477. Mas, mesmo face à versão anterior do artigo 1792.º, considerava a parte em que se impunha ao cônjuge único ou principal culpado a obrigação de ressarcimento dos danos não patrimoniais decorrentes do divórcio, por ser norma especial, não conduzia a afastar a indemnização por danos causados directamente pela violação dos deveres conjugais e *O Direito da Família Contemporâneo*, 2008, p. 467. Já neste sentido, ver Jorge Duarte Pinheiro, *O núcleo*, 680. Igualmente contestando o princípio da fragilidade da garantia, e argumentando que o “casamento antes aumenta a responsabilidade entre quem o contraiu”, Heinrich Ewald Hörster, *A respeito da responsabilidade civil dos cônjuges*, 117. Também no sentido de afastar aquele princípio, v. Cristina Manuela Araújo Dias, *Responsabilidade Civil e Direitos Familiares Conjugais*, 371, e Ângela C. S. Cerdeira, *Da Responsabilidade Civil*, 82 e ss. Mesmo em momento anterior e no contexto da Lei 1910, encontramos tal orientação – v. Adolfo Bravo, *Carácter da Pensão alimentar e perdas e danos em caso de divórcio*, *Gazeta da Relação de Lisboa*, ano 48, n.º 20, 1935, pp. 308 e 309. No sentido de que os direitos familiares pessoais não são objecto de tutela através da responsabilidade civil extracontratual, v. Luís Manuel Teles de Menezes Leitão, *Direito das Obrigações*, vol. I., 262 e 263.

<sup>509</sup> Heinrich Ewald Hörster, *A responsabilidade civil entre os cônjuges*, 108 a 110, e Cristina M. Araújo Dias, *Breves notas sobre a responsabilidade civil dos cônjuges*, 403 e 406, em especial.

norma passou a admitir que um cônjuge possa ser obrigado a indemnizar o outro em virtude da violação dos deveres conjugais, propondo acção com esse objecto nos tribunais comuns<sup>510,511</sup>.

No entanto, esta alteração não é alvo de uma interpretação unânime. Para GUILHERME DE OLIVEIRA, não é a mera violação dos deveres conjugais que autonomamente pode fundamentar uma obrigação de indemnizar; esta só pode surgir se aquela configurar simultaneamente um ilícito resultante do incumprimento de deveres gerais de respeito, uma ofensa a direitos de personalidade e a direitos fundamentais<sup>512,513</sup>.

A obrigação de indemnizar por danos resultantes da dissolução do casamento continua prevista, tal como antes, para o cônjuge que pediu o divórcio com o fundamento na alteração das faculdades mentais do outro (artigo 1781.º, alínea c), do Código Civil), limitada ainda aos danos não patrimoniais. Justificava-se antes a opção de o legislador consagrar expressamente este regime com o intuito de evitar possíveis equívocos quanto à ressarcibilidade de tais danos, limitando-os aos não patrimoniais<sup>514</sup>. Parece-nos que a intenção desta norma de definir os danos da dissolução que são passíveis de suscitar uma resposta em sede de responsabilidade civil se mantém. Só que agora limita-os apenas aos danos sofridos pelo cônjuge cuja alteração das faculdades mentais deu causa ao divórcio, pois o desaparecimento da declaração de culpa passou a impossibilitar a associação de consequências negativas ao cônjuge considerado único ou principal culpado em sede de divórcio.

---

<sup>510</sup> Segundo Hörster, esta solução é contrária à economia processual, pois obriga à instauração de dois processos e peca igualmente pela atribuição da competência à jurisdição comum, o que “pode ter contribuído para o surgimento de soluções díspares”, por parte de tribunais não especializados. Heinrich Ewald Hörster, *A responsabilidade civil entre os cônjuges*, 106. Cristina Dias pronuncia-se em sentido análogo e aponta o receio de aumento da litigiosidade em momento posterior à dissolução do casamento com estas acções. Cristina M. Araújo Dias, *Uma Análise do Novo Regime Jurídico*, 23 e 24.

<sup>511</sup> HÖRSTER adianta mesmo que, do ponto de vista das exigências de culpa, no novo regime, ao remeter-se para os pressupostos do artigo 483.º, passa a ser mais fácil obter a reparação dos danos sofridos, pois não se exige mais do que a culpa leve. Heinrich Ewald Hörster, *A responsabilidade civil entre os cônjuges*, 106. Hörster retira as consequências dessa opção legislativa. Quanto ao ónus da prova, por exemplo, este passa a caber ao lesado, nos termos do artigo 487.º, n.º 1. Já quanto à indemnização de danos não patrimoniais, aplicar-se-ão os requisitos mais exigentes do artigo 496.º, n.º 1. *Idem*.

<sup>512</sup> Guilherme de Oliveira, *A Nova Lei do Divórcio*, 21. De todo o modo, apesar de esclarecer ter sido esta a ideia que esteve na base das alterações, Guilherme de Oliveira admite que “serão os tribunais a dar corpo ao regime”. *Idem*.

<sup>513</sup> Guilherme de Oliveira justifica esta responsabilidade civil nos termos gerais, pelo facto de os ilícitos visados pelo novo n.º 1 do artigo 1792.º se reconduzirem a factos que, ainda que praticados por um cônjuge, continuam a ser “ilícitos civis, violações dos direitos de personalidade do outro cônjuge, dignos de tutela do Direito”. E esclarece que estamos aqui perante um caso de responsabilidade civil extracontratual. Guilherme de Oliveira, *A Nova Lei do Divórcio*, 21 e nota 23. Também Heinrich Ewald Hörster, *A responsabilidade civil entre os cônjuges*, 106, bem como Cristina M. Araújo Dias, *Breves notas sobre a responsabilidade civil dos cônjuges*, 406.

<sup>514</sup> F. M. Pereira Coelho; Guilherme de Oliveira, *Curso*, 157.

Estamos hoje perante um sistema que assenta exclusivamente em causas objectivas e em que a declaração de culpa foi totalmente expurgada do processo de divórcio. Deste modo, por um lado, não podemos fazer a associação clássica e atribuir a responsabilidade pela dissolução do casamento a um cônjuge judicialmente declarado culpado. Por outro lado, também não nos parece ser possível sustentar que o cônjuge que exerça o seu direito potestativo de requerer o divórcio esteja a cometer um acto ilícito<sup>515</sup>. O caso do artigo 1792.º, n.º 2, é claramente excepcional. O regime operou uma ponderação de interesses atenta a especialidade da situação em causa. Assim, não terá querido impor o “sacrifício tão pesado” de continuar o casamento num caso em que a vida em comum é gravemente limitada pela alteração das faculdades mentais do outro cônjuge<sup>516</sup>. Mas, de algum modo, também não quis desproteger totalmente o cônjuge enfermo. Por isso, contrabalançou a difícil opção de abrir tal via para o divórcio com a previsão de paliativos. Entre eles, conta-se a obrigação de reparar os danos não patrimoniais causados pela dissolução do casamento, que se mantém hoje. No artigo 1792.º, n.º 2, a obrigação de indemnizar o cônjuge que tenha pedido divórcio com fundamento na alteração grave das faculdades mentais do outro não se funda num acto ilícito do requerente. Como já nos explicava PEREIRA COELHO face à anterior redacção, é um caso de *responsabilidade civil por facto lícito*<sup>517</sup>. A opção de criar esta base para responsabilizar o cônjuge requerente não havia sido feita relativamente a outras causas objectivas de divórcio no período que antecedeu a Reforma de 2008 e também não foi feita com as alterações que esta introduziu. Pensamos, assim, que se o legislador quisesse estender este regime às situações de divórcio com os fundamentos das alíneas a), b) ou d) do artigo 1781.º do Código Civil, o teria feito expressamente. Assim, o exercício do direito a requerer o divórcio por qualquer uma destas causas não pode fundar a indemnização pelos danos provocados pela consequência jurídica a que deu origem – a dissolução do casamento.

Esta ideia vale para os danos não patrimoniais e para os *danos patrimoniais* que resultam imediatamente da dissolução do casamento. A responsabilidade civil ou é suscitada pela prática de um facto ilícito, fundada na culpa, ou se reconduz às

---

<sup>515</sup> Cf. também Rita Lobo Xavier, *Direito ao divórcio*, 508.

<sup>516</sup> F. M. Pereira Coelho; Guilherme de Oliveira, *Curso*, 643.

<sup>517</sup> Francisco Manuel Pereira Coelho, *Divórcio e separação judicial de pessoas e bens*, 49. No mesmo sentido se perfila hoje LOBO XAVIER. Rita Lobo Xavier, *Direito ao divórcio*, 507. Em sentido contrário, MIRANDA BARBOSA considera que o artigo 1792.º/2 se refere “a uma hipótese concreta de um delito familiar” e justifica que “é pelo abandono do outro cônjuge numa situação particularmente delicada que o ordenamento jurídico considera justo arbitrar a indemnização.” Mafalda Miranda Barbosa, *Família e Responsabilidade Civil*, 66.

hipóteses de responsabilidade objectiva e estas têm de estar expressamente previstas pela lei. Ora, se o exercício do direito a requerer o divórcio não pode configurar um facto ilícito, para que os danos provocados pela dissolução do casamento fossem indemnizáveis em primeira linha, em sede de responsabilidade civil, teria de estar expressamente prevista outra modalidade de responsabilidade. E tal só acontece no caso e nos limites do artigo 1792.º, n.º 2, do Código Civil.

Podemos, todavia, equacionar a possibilidade de os danos resultantes da dissolução do casamento serem indemnizáveis com fundamento no n.º 1 do artigo 1792.º. Sabemos já que há abertura, com base nesta disposição, para sustentar a possibilidade da apreciação da conduta dos cônjuges em sede de acção de responsabilidade civil, expurgada que foi do processo de divórcio. Assim, admite-se que a violação dos deveres conjugais seja susceptível de fundar um direito de indemnização, abrangendo tanto *danos patrimoniais como danos não patrimoniais que resultassem de tais factos*. Ora, o argumento pode ser levado mais longe até aceitar que também sejam abrangidos os *danos que resultam do divórcio*, tendo em conta que as referidas condutas culposas teriam criado as condições que conduziram ao fracasso do casamento<sup>518</sup>.

Parece-nos difícil aceitar esta interpretação. É certo que, do ponto de vista técnico, não estaria inviabilizada. PEREIRA COELHO vinha, desde há muito, a admitir que o cônjuge inocente pudesse pedir indemnização pelos danos causados pela violação dos deveres conjugais, incluindo aí quer os danos resultantes directamente dos factos que servissem de fundamento ao divórcio, quer os *danos resultantes do próprio divórcio*, que crisma como “danos indirectos”<sup>519</sup>.

<sup>518</sup> LOBO XAVIER referiu-se ao facto “de os pedidos de reparação de danos *resultantes* do divórcio dev[er]em passar a ser apreciados em acções comuns, nos termos gerais da responsabilidade civil” (itálico nosso) – Rita Lobo Xavier, *Recentes Alterações*, 3 – mas veio mais tarde deixar clara a sua posição ao afirmar claramente que “[n]ão se vê qual o fundamento do dever de indemnizar os danos provocados pelo próprio divórcio, sendo certo que só existe obrigação de indemnizar independentemente de culpa nos casos previstos na lei”. Rita Lobo Xavier, *Direito ao divórcio*, 508. No sentido da admissibilidade da indemnização pelos danos causados pelo divórcio, cf. também Cristina M. Araújo Dias, *Breves notas sobre a responsabilidade civil dos cônjuges*, 401. Mafalda Miranda Barbosa também conclui que o “que é afectado pela violação dos deveres conjugais é a relação matrimonial como um todo” e, portanto, as regras da responsabilidade civil só se tornam operantes a partir do momento em que se constata a sua ruptura, o momento do divórcio. A Autora retira daqui que o que está em causa são os “danos resultantes da dissolução do casamento, infligida pela violação dos referidos deveres”. Mafalda Miranda Barbosa, *Família e Responsabilidade Civil*, 78 e 79.

<sup>519</sup> Pereira Coelho, *Curso*, 1965, p. 542, Pereira Coelho, 1970, p. 367 e 368. Segundo Mafalda Miranda Barbosa, *Família e Responsabilidade Civil*, 79, que considera que no novo n.º 1 do artigo 1792.º está em causa a protecção do “interesse na integridade da sociedade conjugal” e a resposta aos danos resultantes da dissolução do casamento, na falta da previsão desta norma colocar-se-iam problemas no reconhecimento destes danos “indirectos”, retomando assim a terminologia já utilizada por Pereira Coelho a este propósito.

Todavia, as novas linhas de entendimento do divórcio que a Reforma de 2008 imprimiu não parecem conviver de forma coerente com esta opção.

Desde logo, o ilícito conjugal (i.e., a violação de dever conjugal) que constitui causa de pedir em sede de acção de responsabilidade civil pode não coincidir com a causa invocada como fundamento de divórcio. Na verdade, a eventual violação de dever conjugal pode, é certo, ser considerada no âmbito da alínea d) do artigo 1781.º, mas outra causa poderá ter sido invocada e, portanto, do ponto de vista jurídico terá sido outro facto que conduziu à dissolução do vínculo conjugal.

É certo que, admitindo que fundamento de divórcio e causa de pedir em sede de acção de responsabilidade civil assentam nos mesmos factos, haveria que ponderar a aceitação da ressarcibilidade dos danos causados pela dissolução do casamento no seu âmbito. Mas também aqui parece ser de afastar a solução. Na verdade, parece contrário ao espírito da Reforma de 2008, que quis eliminar as consequências sancionatórias ao nível dos efeitos do divórcio, que se viesse admitir uma dessas consequências, indirectamente, por esta via. Não se diga que, em coerência, tal implicaria rejeitar também a indemnização dos danos causados directamente pela violação dos deveres conjugais<sup>520</sup>. Na verdade, aqui estaremos num plano diverso, que não se associa necessariamente ao divórcio e, portanto, não põe em causa as novas opções fundamentais do sistema. Estas traduziram-se em abandonar um paradigma sancionatório associado ao fim do casamento.

Por fim, face aos objectivos proclamados da reforma<sup>521</sup>, não parece coerente que um (proto)legislador que repele a ideia da obrigação de continuar casado se houver “decisão de acordo mútuo, ou pelo menos vontade expressa de um dos envolvidos”, em homenagem a um “princípio de liberdade”, venha admitir a indemnização dos danos que resultam puramente da própria dissolução do casamento<sup>522</sup>. Uma tal possibilidade poderia vir limitar severamente o exercício do direito de requerer o divórcio. Ora, se no âmbito do direito dos contratos a preservação da relação contratual se quer escudada por uma série de mecanismos

---

<sup>520</sup> Na verdade, se o legislador manteve intocado o catálogo dos deveres conjugais, pode esperar-se que se extraiam consequências dessa opção. No sentido da responsabilidade pelos danos provocados pela violação dos deveres conjugais, cf. Rita Lobo Xavier, *Direito ao divórcio*, 509.

<sup>521</sup> Reconhecemos, todavia, o menor peso do argumento histórico-subjectivo, já claro nos ensinamentos de Manuel de Andrade. Manuel A. Domingues de – Ensaio sobre a Teoria da Interpretação das Leis, Coimbra, Coimbra Editora, 1934, p. 44.

<sup>522</sup> Exposição de motivos do Projecto de lei n.º 509-X, 1 e 7.



(também ressarcitórios), em homenagem ao princípio *pacta sunt servanda*, a tónica no âmbito da relação matrimonial não é colocada, pelo nosso sistema, neste ponto. O carácter especial do contrato matrimonial vê-se também na prioridade que concede a outras dimensões relacionais. Assim, na ausência de *outro interesse especialmente digno de tutela*<sup>523</sup>, não poderemos associar tal indemnização à dissolução do casamento.

### iii. O crédito compensatório e os danos causados pela dissolução do casamento

As considerações precedentes, todavia, não nos oferecem ainda uma resposta directa à questão que nos ocupa. Na verdade, interessa-nos, neste momento, compreender se, face ao novo traçado do divórcio e dos seus efeitos, o legislador, ainda assim, entendeu que os danos patrimoniais resultantes da dissolução do casamento deveriam ser objecto de compensação e se foi aquilo que previu no artigo 1676.º, n.º 2, com a sua referência aos “prejuízos patrimoniais importantes” sofridos.

Ora, do artigo 1676.º, n.º 2, não resulta qualquer referência à dissolução do casamento como fonte dos “prejuízos mencionados”. Assim, não podemos avançar sem mais que seria uma das situações em que, ao lado do artigo 1792.º, n.º 2, o legislador consagra expressamente que se venha a pedir a indemnização resultante de danos causados pelo divórcio, desta feita danos patrimoniais. Aliás, qualquer um dos cônjuges tem legitimidade para reclamar o crédito compensatório, independentemente do seu papel a accionar o divórcio. Não é difícil pensar que o cônjuge que requereu o divórcio possa ser também aquele que contribui de forma excessiva, efectuou renúncias para esse efeito e por isso sofreu danos patrimoniais. Ora, se estivéssemos perante um pedido de indemnização por danos causados pela dissolução a que pudesse aceder qualquer um dos cônjuges, mesmo o peticionário do divórcio, poderia surgir a questão de o legislador estar a abrir a porta para uma situação de *venire contra factum proprium*<sup>524</sup>. Podia configurar-se assim o caso em

<sup>523</sup> Como o que se elege no n.º 2 do artigo 1792.º.

<sup>524</sup> O *venire contra factum proprium* implica a incompatibilidade de comportamentos, que se sucedem temporalmente, por parte do mesmo sujeito, como nos explica Carneiro da Frada. E acrescenta que o comportamento posterior do sujeito é, *per se*, necessariamente lícito. Manuel António de Castro Portugal Carneiro da Frada, *Teoria da Confiança*, 404, 410 e 411. Assim, tratar-se-ia de avaliar *ex post* se uma acção para fazer valer direitos relativamente a danos da dissolução seria incompatível por ter requerido a própria dissolução e se o facto de esta se ter fundado em causas que criavam um forte juízo de inexigibilidade relativamente à manutenção do casamento (ex. situações de violência doméstica) não deveria ser

que quem tinha espoletado o divórcio vinha pedir para ser ressarcido por danos causados por este. Tal não acontece, todavia. Na verdade, se não estamos perante danos da dissolução, não podemos encontrar incompatibilidade de comportamentos se um cônjuge vem pedir o divórcio e, subseqüentemente, requerer a indemnização por danos que não são os da dissolução.

Entre os “prejuízos” do artigo 1676.º, n.º 2, e os factos que terão eventualmente dado origem ao divórcio também não se estabelece qualquer relação. Assim, não é relevante em sede de crédito compensatório que tenha havido violação de deveres conjugais e que esta tenha sido determinada em sede de acção de responsabilidade civil. Nem mesmo as situações em que existe violação do dever de contribuir para os encargos da vida familiar são convocadas aqui. Na verdade, a figura do artigo 1676.º, n.º 2, não é suscitada pelo incumprimento deste dever, mas emerge antes de uma especial diligência que ultrapassa o mero cumprimento de tal obrigação conjugal por parte de um cônjuge.

Não estamos, assim, perante o quadro clássico que se associa à indemnização pelos danos causados pela dissolução do casamento e à pretensão de garantir o nível de vida do casamento que geralmente esta opção implica – ou seja, a pretensão que um cônjuge inocente pode sustentar face a um cônjuge culpado.

A manutenção do nível de vida do casamento foi já o estalão prevalente nas prestações financeiras pós-divórcio, mas a sua hegemonia tem progressivamente sofrido erosão. GLENDON nota que cedo se reconheceu que a pretensão de restaurar a posição que os cônjuges teriam ocupado se não tivesse havido a ruptura do casamento era, na grande maioria dos casos, totalmente irrealista<sup>525</sup>.

Todavia, apesar das dificuldades mencionadas em compatibilizar teoricamente os danos da dissolução que se traduzem na perda do nível de vida do casamento, com a desconsideração das condutas culposas dos cônjuges em sede de divórcio e as reais possibilidades de pagamento, certo é que, mesmo em contextos

---

tomado em conta para excluir o juízo do *venire*. Na verdade, não seria fácil sustentar que existiria uma “eficácia geradora de confiança” (Manuel António de Castro Portugal Carneiro da Frada, *Teoria da Confiança*, 411) do primeiro comportamento do requerente relativamente ao seu consorte. Encontramos, todavia, no âmbito do regime anterior, a posição de que a indemnização por danos morais causados pela dissolução do casamento do antigo artigo 1792.º, n.º 1, estaria vedada a quem tivesse pedido o divórcio. Na verdade, para Dias Rosendo, “quem pede o divórcio (...) está a demonstrar de forma inequívoca que deixou de lhe interessar a relação conjugal e seria iníquo demandar do seu cônjuge indemnização pelo fim e dissolução que ele próprio também pretende. Seria algo como ir contra facto próprio”. José Dias Rosendo, *Indemnizar pelo divórcio?*, 8.

<sup>525</sup> Mary Ann Glendon, *The Transformation of Family Law*, 200 e 201.

em que não se avalia a culpa – fora, portanto, do mencionado “quadro clássico” –, continua a eleger-se como propósito dos mecanismos compensatórios compensar as disparidades de nível de vida causadas pela *dissolução* do casamento<sup>526</sup>.

É o que acaba por fazer o ALI, liderado por ELLMAN, mas ao arripio da sua teoria inicial<sup>527</sup>, ao eleger como “prejuízo” compensável o nível de vida do casamento (Secção 5.04). E é o entendimento que podemos encontrar relativamente à *compensación* do art. 97 do Código Civil espanhol ou à *prestation compensatoire* francesa.

No caso espanhol, a avaliação da culpa não existe em sede de divórcio. No francês, a culpa não é tida em conta para efeitos de concessão da *prestation compensatoire*<sup>528</sup>. E, ainda assim, remete-se para a disparidade *causada pela dissolução do casamento* como pressuposto e funcionamento das figuras.

Quanto ao instituto francês, MALAURIE e FULCHIRON explicam que a sua razão de ser é atenuar a disparidade provocada pelo divórcio. Tendo em conta que o *devoir de secours* termina com o casamento, a *prestation compensatoire* vem tentar manter as condições materiais de vida que tinham antes do divórcio, atenuar a queda do nível de vida (e substituir a *pension alimentaire*)<sup>529</sup>.

No que diz respeito à *compensación*, o art. 97 da Lei Civil espanhola<sup>530</sup> consagra tal direito em função da existência de um desequilíbrio económico de um

---

<sup>526</sup> Não se assume, portanto, uma feição indemnizatória, em que o culpado indemniza o inocente pela ruptura, desconsiderando-se a culpa. Lacruz Berdejo, Elementos, p. 104.

<sup>527</sup> Na doutrina de Ira M. Ellman, *The Theory of Alimony*, 49, o prejuízo compensável é a perda “residual” da capacidade de ganho e o ALI, *Principles of the Law*, 804 e ss., acabou por acolher precisamente os seus *compensatory payments* baseados na diferença de “capacidade financeira” dos cônjuges.

<sup>528</sup> A lei francesa de reforma do divórcio de 26 de Maio de 2004, em ruptura com o sistema anterior, determina que, independentemente da causa do divórcio e mesmo em caso de divórcio por culpa, um cônjuge terá direito à *prestation compensatoire* desde que o divórcio tenha provocado a disparidade nas condições de vida dos cônjuges. Jacques Massip, *Le Nouveau Droit du Divorce*, 172 e 173.

<sup>529</sup> Philippe Malaurie, Hughes Fulchiron, *Droit Civil. La Famille*, 322. Malaurie e Fulchiron notam que a *prestation compensatoire* apresenta natureza compensatória, mas mantém caracteres alimentares (por exemplo, a extensão depende das necessidades do credor e dos recursos do devedor e não é susceptível de compensação). Ao contrário da pensão alimentar que se calcula tendo em conta a situação “actual” dos cônjuges no momento do divórcio, calcula-se tendo em conta o futuro previsível dos cônjuges. Até 2004, mantinha uma feição indemnizatória porque era recusada ao culpado. Hoje tal só acontecerá com base num juízo de equidade formulado pelo juiz (art. 280-1, al.2) Philippe Malaurie, Hughes Fulchiron, *La Famille*, 324 e 325.

<sup>530</sup> Apesar do “paralelismo espontâneo” ou, pelo menos, da convergência nos regimes de divórcio português e espanhol notada por Guilherme de Oliveira não existe verdadeiro paralelo da *compensación* no regime jurídico português. Guilherme de Oliveira, *O regime do divórcio em Portugal*, 19.

dos cônjuges em relação ao outro, *produzido pela separação ou divórcio*, e que implique que tenha piorado a sua situação económica, face à do casamento<sup>531</sup>.

Também a doutrina portuguesa que se debruçou sobre o tema do crédito compensatório não desconsiderou o *desequilíbrio económico interconjugal* resultante do divórcio como elemento relevante para compreender a figura. Se bem o entendemos, RITA LOBO XAVIER propõe que se determine a existência deste desequilíbrio através da comparação não só das situações dos cônjuges um com o outro no momento da determinação do crédito compensatório, mas também com a situação que viveram durante o casamento<sup>532,533</sup>. Assim, a Autora apresenta a compensação do artigo 1676.º, n.º 2, como um “mecanismo de correcção do desequilíbrio que eventualmente se verificará, no final da comunhão de vida”<sup>534</sup>.

A análise de CRISTINA ARAÚJO DIAS também é sensível à “disparidade do padrão de vida causada pelo divórcio” que, como argumenta, poderá fundar o novo crédito compensatório<sup>535</sup>. Aqui a comparação parece estabelecer-se entre a situação do requerente pré e pós-divórcio. Na verdade, a preocupação que manifesta vai no sentido de “acautelar a condição de vida” de que o cônjuge beneficiava durante o casamento, que considera a melhor forma de o proteger, para que não fique prejudicado pelo facto de ter contribuído para a vida familiar sem contrapartidas<sup>536</sup>.

Ora, quando optamos pela comparação entre as situações económicas dos cônjuges pré e pós-divórcio, temos de estar cientes de que vários factores confluem para criar a disparidade não só entre os dois contextos do requerido, como no confronto com a situação do outro cônjuge. Na verdade, se tratarmos de disparidade

---

<sup>531</sup> LaCruz Berdejo, Elementos, p. 104. Na verdade, tem direito à *compensación* o cônjuge que, em virtude da separação ou o divórcio, passou a viver numa situação económica da que beneficiava durante o casamento e da que o seu ex-cônjuge continua a desfrutar. Daí que se possa falar de “desequilíbrio económico interconjugal”. Carlos Lasarte, *Derecho de Familia*, 123.

<sup>532</sup> LOBO XAVIER defende que se visa “recuperar o equilíbrio entre os cônjuges”, que se deve aferir “através da comparação entre a situação actual do cônjuge requerente e a do requerido, bem como a que desfrutavam durante o casamento”. Rita Lobo Xavier, *Recentes Alterações*, 58.

<sup>533</sup> E a Autora faz uma alusão à norma do artigo 2016.º-A, n.º 3, do CC, relativa aos alimentos entre ex-cônjuges, que afasta “o direito de exigir a manutenção do padrão de vida de que beneficiou na constância do matrimónio” neste contexto, e nota que a circunstância de um dos cônjuges não se poder manter a este nível poderá estar relacionada com a assunção do trabalho da casa e com os filhos, o que teria criado as condições a que o outro se dedicasse à sua actividade profissional. Rita Lobo Xavier, *Recentes Alterações*, 58.

<sup>534</sup> Não o associa, no entanto, aos danos da dissolução, já que convoca a lógica do instituto do enriquecimento sem causa para enquadrar o crédito compensatório. Rita Lobo Xavier, *Recentes Alterações*, 48.

<sup>535</sup> Cristina M. Araújo Dias, *Uma Análise do Novo Regime*, 79.

<sup>536</sup> Cristina M. Araújo Dias, *O crédito pela compensação do trabalho doméstico*, 222 e 226. Para Cristina Araújo Dias, a melhor solução teria sido optar por um modelo semelhante às “prestações compensatórias”, de forma a acautelar a condição de vida no decurso do casamento.

salarial (um dos mais importantes indicadores a ter aqui em conta), não podemos deixar de reconhecer que há um enquadramento social de assimetrias de género que potencia a desigualdade e até o fenómeno da feminização da pobreza<sup>537</sup>. Tal significa que há factores exteriores ao casamento que contribuem para a mencionada disparidade, não se podendo imputar em toda a extensão à realidade da comunhão de vida matrimonial e ao seu termo.

Daí que seja questionável em que medida o crédito compensatório pode ser convocado para fazer face à disparidade entre as assimetrias potenciadas pelo género que surgem entre os cônjuges. O problema da desigualdade de género é uma questão de natureza pública e tratá-la neste âmbito significa a prossecução de fins públicos, através de instrumentos de natureza privada, onerando as pessoas singulares com a solução de problemas que cabe ao Estado resolver<sup>538</sup>. Na verdade, em nosso entender, não é a diferença de nível de vida relativamente ao casamento ou a disparidade dos níveis de vida dos cônjuges que são directamente visadas pela compensação do direito português, como teremos oportunidade de explicar.

#### 1.3.1.2. Prejuízos causados pelo casamento

##### i. Referência "relacional" do casamento

Na segunda perspectiva, elegem-se as desvantagens causadas pelo casamento (*ehebedingte Nachteile*)<sup>539</sup> como o alvo dos pagamentos compensatórios. De acordo com este entendimento, tais instrumentos visariam repor o cônjuge prejudicado na situação em que estaria na ausência da relação matrimonial que foi conduzida de forma assimétrica do ponto de vista contributivo.

À semelhança da aproximação anterior, também aqui nos centramos em *quem sofre* os "prejuízos"<sup>540</sup>. Todavia, agora não se pretende restaurar a situação gozada

<sup>537</sup> Guilherme de Oliveira, *Dois numa só carne*, 9, sobre o problema da "feminização da pobreza" e o entendimento do princípio da igualdade.

<sup>538</sup> Para uma crítica do carácter subsidiário das prestações sociais face à obrigação de alimentos, ver Jordi Ribot Igualada, *Alimentos entre parientes*, especialmente 145 e ss.

<sup>539</sup> Utilizamos aqui a expressão cunhada no contexto alemão, a partir do §1578b, para se referir às circunstâncias que derivam da duração do cuidado e da educação dos filhos e da distribuição das funções doméstica e laboral dos cônjuges, que servem de obstáculo à limitação dos alimentos nos termos deste artigo. Nina Dethloff, *Familienrecht*, 203.

<sup>540</sup> Sobre a centralidade do lesado (*victim*) na responsabilidade civil, ver Peter Cane, *Responsibility in Law and Morality*, 43.

na constância do casamento, mas a situação em que o cônjuge mais prejudicado viveria antes do casamento ou se não tivesse sofrido os revezes financeiros que a sua dedicação ao casamento potenciou. Este interesse apresenta claras afinidades com a categoria do *interesse contratual negativo*, no nosso contexto, ou, como a doutrina norte-americana o configura, do *reliance interest*, ligado à *protecção da confiança* no casamento (*reliance on marriage*)<sup>541</sup>. É a *particular relação das partes*, as opções dos cônjuges que concretamente moldaram o seu casamento, que funda os pagamentos compensatórios com este fim.

Invocam-se, desde logo, razões de justiça para fundar esta perspectiva. Veja-se a aproximação que a *case law* inglesa faz ao princípio de *fairness*, burilado para enquadrar as consequências financeiras do divórcio, e que inclui precisamente como um dos seus elementos a “compensação para fazer face ao futuro *desequilíbrio* económico entre os cônjuges como *resultado da forma como conduziram o casamento*”<sup>542</sup>, que resulta de *factores intrínsecos à relação* entre as partes, tanto causal como temporalmente<sup>543</sup>.

Mas também a partir do óculo da eficiência, ou seja, do ponto de vista da análise económica, a opção por esta via é, por vezes, apresentada como a forma mais adequada de maximizar a liberdade dos cônjuges para conformarem a sua relação, afastando incentivos destorcedores dessa liberdade, e encorajando, em última análise, o *investimento conjugal*, ou seja, a escolha economicamente racional da especialização dos papéis conjugais que permitiria a maximização do rendimento conjugal<sup>544</sup>. Tal fim atingir-se-ia pela via da protecção do “*spouse who shares*”, que não deve ver pesar apenas sobre si as consequências negativas das opções conjugais<sup>545</sup>.

O ALI reclama optar por uma perspectiva diversa no tratamento dos seus *compensatory payments* – refere-se aos danos resultantes da dissolução do

---

<sup>541</sup> Joan M. Krauskopf, *Comments on Income Sharing*, 417. Em termos genéricos, para o contrato, Fernando Araújo, *Teoria Económica*, 800-803.

<sup>542</sup> Mary Welstead, *Judicial Reform*, 70 e 71.

<sup>543</sup> *White v. White* [2001] 1 AC 596. Lord Nicholls, todavia, considera que o “yardstick of equality” é um guia e não uma regra. *White v. White* [2001] 1 AC 596. Esta posição foi retomada em *Miller v. Miller e McFarlane v. McFarlane* [2006] UKHL 24 Para 16, Para 136; [2006] 2 AC 618. Para Lord Nicholls, estes factores estão ligados à relação entre as partes – causal e temporalmente, pelo que factores extrínsecos, tal como uma deficiência que surja após o fim do casamento, não são considerados. *Miller v Miller; McFarlane v McFarlane*, [2006] UKHL 24, Para 137.

<sup>544</sup> Ira M. Ellman, *The Theory of Alimony*, 40 e ss.

<sup>545</sup> Ira M. Ellman, *The Theory of Alimony*, 50 e ss.

casamento<sup>546</sup>. Mas também pretende afastar-se da resposta ao interesse no cumprimento (*expectation*) e da base contratual geralmente invocada quando se trata de compensar as desvantagens que advêm da dissolução do casamento<sup>547</sup>. E elege como “prejuízos compensáveis” a “perda de capacidade de ganho ocorrida durante o casamento, que perdure após a dissolução, que resulte da assunção, durante o casamento, de uma parte desproporcionada do cuidado dos filhos comuns ou do outro” (§ 5.03 (2) (b) e § 5.05), ou a “perda de capacidade de ganho ocorrida durante o casamento, que perdure após a dissolução, que resulte do cuidado prestado a um terceiro doente, idoso ou portador de deficiência, no cumprimento de uma obrigação moral do outro cônjuge ou de ambos” (§ 5.03 (2) (c) e § 5.12). Estes não são, portanto, prejuízos que advêm da dissolução do casamento, mas simplesmente se tornam visíveis com esta.

A intenção, já presente na teoria de ELLMAN, de se demarcar da base contratualista levou os autores do ALI a invocar a ausência de acordos escritos ou de promessas explícitas entre os cônjuges para se afastarem da figura do contrato e do incumprimento contratual como justificação dos pagamentos compensatórios. Trata, portanto, no mesmo plano, o contrato matrimonial e os acordos firmados pelos cônjuges na constância do casamento e pretende, independentemente destes últimos, alicerçar os pagamentos compensatórios no fundamento, de difícil qualificação técnica, “da ideia [que os cônjuges] fazem da relação”<sup>548</sup>. Esta ideia veio a ser retomada pelo ALI ao definir como fundamento para os *compensatory payments* a “relação”<sup>549</sup>, um sentido de obrigação que surge ao longo do tempo, e que não depende de “promessas explícitas”<sup>550</sup>.

Ora, não pode ser a dificuldade de provar os acordos entre os cônjuges, o seu carácter tácito nem o espaço que a falta de manifestação expressa de vontade dos

---

<sup>546</sup> ALI, *Principles of the Law*, 789. Notamos, todavia, não se centra só na “perda de capacidade de ganho” que resulta do casamento (§ 5.03 (2) (b) e (c)), mas inclui, no casamento de longa duração, a perda de nível de vida (§ 5.03 (2) (a)) ALI, *Principles of the Law*, 798, que tem uma natureza diferente – não resulta do casamento, mas da dissolução e que cria alguma incoerência na sua abordagem, motivada pelo intuito de incluir situações diversas que teriam cobertura ao abrigo dos alimentos tradicionais. Assim acaba por adoptar uma formulação ampla de “*financial losses arising from divorce*”. ALI, *Principles of the Law*, 788.

<sup>547</sup> ALI, *Principles of the Law*, 807 e 808.

<sup>548</sup> Ira M. Ellman, *The Theory of Alimony*, 20.

<sup>549</sup> ALI, *Principles of the Law*, 808 e 809.

<sup>550</sup> Este fundamento é complexo e Eekelaar define-o como congregando “um sentido de obrigação mútuo que surge ao longo do tempo com a visão de que uma disparidade de resultado financeiro falha a recompensar adequadamente pelo tempo e esforço investido na relação”. John Eekelaar, *Empowerment and Responsibility*, 434. Sobre a recusa dos esquemas contratuais pelo ALI, ver June Carbone, *Back to the Future*, 220.

cônjuges concede aos tribunais para impor, em última análise, as suas próprias crenças sobre o casamento<sup>551</sup> que nos podem levar a recusar a relevância da autonomia dos cônjuges na conformação da sua relação. A ausência de acordos expressos não elimina a base voluntária das decisões que são tomadas pelos cônjuges no âmbito do casamento e não obsta a que sejam retiradas consequências. Na verdade, o modo como os cônjuges conduzem a sua relação resulta da conformação que fazem da vida comum também pela via do acordo.

Todavia, a convocação do quadro da responsabilidade contratual no âmbito da relação matrimonial não se revela, de todo, pacífica. Discute-se esta possibilidade quando se trata de responder a eventuais violações dos deveres conjugais<sup>552</sup>, imputáveis a um dos cônjuges. E ainda mais será contestável num quadro, como o do crédito compensatório, em que não está em causa este tipo de infracção, pois não emerge da violação de qualquer dever conjugal. De facto, a caracterização tradicional da responsabilidade contratual fá-la assentar na “falta de cumprimento das obrigações emergentes dos contratos, dos negócios unilaterais ou da lei”<sup>553</sup>. Porém, o entendimento do seu âmbito tem sofrido extensões. A figura dos *deveres de protecção* tem servido para fazer beneficiar das regras de imputação e repartição dos danos da responsabilidade contratual “interesses de integridade tipicamente sujeitos a serem ofendidos pelo contacto social do contrato”<sup>554</sup>. De facto, e em termos genéricos, os deveres de protecção, como explica CARNEIRO DA FRADA, dizem respeito aos “riscos de integridade especialmente potenciados pelo contacto contratual em causa” e visam, portanto, proteger a integridade da contraparte<sup>555</sup>.

---

<sup>551</sup> Ira M. Ellman, *The Theory of Alimony*, 20.

<sup>552</sup> A doutrina portuguesa divide-se no que diz respeito ao tratamento das violações dos deveres conjugais ao abrigo da responsabilidade contratual. Assim, é certo que encontramos posições favoráveis a esta inserção. Pense-se na doutrina desenvolvida por DUARTE PINHEIRO, que classifica o ilícito conjugal como obrigacional. Jorge Duarte Pinheiro, *O núcleo*, 695. Ou convoque-se a posição de CERDEIRA, que também se inclina neste sentido. Ângela C. S. Cerdeira, *Da Responsabilidade Civil*, 70. Também na nossa jurisprudência superior, já se havia admitido esta possibilidade em acórdão de 17 de Fevereiro de 1983 mais tarde contrariada pelo Assento de 26 de Janeiro de 1994. Todavia, uma parte significativa dos nossos autores manifesta muitas reticências quanto a este tratamento. Veja-se a anotação crítica de F. M. Pereira Coelho, Acórdão de 17 de Fevereiro de 1983, *Revista de Legislação e Jurisprudência*, A. 117, n.º 3719, 1984, p. 61-64; n. 3720, 1985, p. 91-96 ou a posição de Antunes Varela, *Direito da Família*, 495 a 497. Mafalda Miranda Barbosa, *Família e Responsabilidade Civil*, 79, justifica o afastamento da inserção contratual desta responsabilidade. A Autora lembra que os deveres conjugais, ao invés de encontrarem a sua origem no pacto firmado pelos nubentes, resultam directamente da lei, que conforma o seu conteúdo que não pode, aliás ser descaracterizado. E sublinha que a autonomia privada dos cônjuges vai actuar no âmbito mais restrito da liberdade de celebração e na escolha do cônjuge. Na verdade, embora a Autora sublinhe que a responsabilidade contratual não se cinge à situações de falta de cumprimento de “obrigações contratualmente assumidas”, e pode emergir da violação de “obrigações com assento legal”, invoca a natureza destes deveres que determinará a exclusão de regras negociais.

<sup>553</sup> João de Matos Antunes Varela, *Das Obrigações em Geral*, 519.

<sup>554</sup> Manuel António de Castro Portugal Carneiro da Frada, *Contrato e deveres de protecção*, 264.

<sup>555</sup> Manuel António de Castro Portugal Carneiro da Frada, *Contrato e deveres de protecção*, 361 e 358.



Ora, a relação matrimonial cria um quadro que especificamente potencia determinadas situações de vulnerabilidade. Assim, justifica-se também ponderar se e de que forma se justifica inserir estruturalmente o tratamento do crédito compensatório no âmbito de responsabilidade estendido por este entendimento da responsabilidade contratual.

**ii. Matriz referencial de responsabilidade**

Entendemos que o artigo 1676.<sup>o</sup>, n.<sup>o</sup> 2, constituiu uma resposta aos danos patrimoniais resultantes da forma como os cônjuges conduziram o casamento. Estas opções traduziram-se no facto de um dos cônjuges efectuar sobre-contribuições para os encargos da vida familiar que exigiram as renúncias aos seus interesses pessoais, que, por sua vez, conduziram aos mencionados “prejuízos”. Está, assim, em causa a justa repartição dos danos produzidos no contacto entre os cônjuges<sup>556</sup> e, portanto, podemos caracterizá-la como uma figura emergente da matriz da responsabilidade civil<sup>557</sup>.

Na nossa Doutrina, GUILHERME DE OLIVEIRA parece apontar também para este entendimento do crédito compensatório. Na verdade, o Autor explica-nos que o cônjuge que prova um *desinvestimento manifesto na vida pessoal em favor da vida de casado* “tem direito a um valor que o *compense deste prejuízo*” (itálico nosso), concretizando esta opção de uma forma que nos remete para a ideia de colocar o cônjuge lesado na situação em que estaria se não tivesse conduzido a sua vida em função do casamento. GUILHERME DE OLIVEIRA propõe que esta compensação vise “alguma *recuperação do seu padrão de vida que poderia ter tido* – por exemplo, um valor que pague os estudos tardios ou formação profissional ou um valor que acrescente à pensão de reforma modesta a que tem direito” (itálico nosso). Aliás, mesmo antes da Lei n.<sup>o</sup> 61/2008, o nosso Professor já se tinha pronunciado em sentido semelhante ao defender a consagração legislativa de uma “compensação

---

<sup>556</sup> Parafrazeamos a definição de SINDE MONTEIRO. Jorge Ferreira Sinde Monteiro, *Responsabilidade Civil*, 316.

<sup>557</sup> Se bem interpretamos a posição da Autora, Mafalda Miranda Barbosa, *Família e Responsabilidade Civil*, 81, irá neste sentido. Na verdade, a considera que a figura do artigo 1676.<sup>o</sup>, n. 2 consome “portanto, *outra forma de indemnização*, em atenção à intencionalidade específica da relação matrimonial” (itálico nosso).

indemnizatória”, a favor do “cônjuge mais sacrificado no (des)equilíbrio das renúncias e dos danos”, com fundamento neste sacrifício excessivo<sup>558</sup>.

Ao adoptarmos a ideia de que estaremos a dar resposta às desvantagens causadas pelo casamento, retomamos a associação inicial que efectuámos entre estas desvantagens e a *confiança*, que se encontra tradicionalmente ligada ao contrato, bem como o propósito de colocar a outra parte (aqui o cônjuge) no *status quo ante*<sup>559</sup>. É, portanto, a *confiança* que continua a ser a justificação última do pagamento compensatório que emerge do artigo 1676.º, n.º 2 do Código Civil<sup>560</sup>, em atenção à posição que ocupa no seio da relação matrimonial.

DIEDERICHSEN sublinha o papel do princípio da confiança (*Vertrauensprinzip*) no regime das consequências do divórcio, e a protecção da confiança enquanto componente essencial na medida de feição compensatória do *Versorgungsausgleich*<sup>561</sup>. Funda a solução de o cônjuge mais fraco neste campo vir a partilhar dos valores patrimoniais da *Versorgung* adquiridos no facto de este ter confiado no acesso a eles durante o casamento e, em virtude disso, ter deixado de realizar conscientemente um esforço maior para adquirir bens próprios e direitos de pensão<sup>562</sup>, libertando-se para outros contributos.

Na verdade, a actuação dos cônjuges caracteriza-se por dependências recíprocas e só tem espaço para se desenvolver de forma livre por se basear na *confiança*<sup>563</sup>, na crença de que estas cedências darão lugar a reequilíbrios dentro do

<sup>558</sup> Guilherme de Oliveira, *Dois numa só carne*, 10.

<sup>559</sup> No entanto, a responsabilidade pela confiança tem sido alvo de novos tratamentos à margem do contrato, que preconizam mesmo uma terceira via que compreenda esta nova categoria, ao lado da responsabilidade aquiliana e da responsabilidade obrigacional. Entre nós, CARNEIRO DA FRADA, esteira dos esforços de CANARIS e de VON BAR, admite a responsabilidade pela confiança, que não está prevista com carácter de generalidade no nosso direito, como desenvolvimento *praeter legem* do direito. Manuel António de Castro Portugal Carneiro da Frada, *Teoria da Confiança*, 889. Todavia, esta só emerge quando o fundamento para a obrigação de indemnizar seja a própria confiança. Manuel António de Castro Portugal Carneiro da Frada, *Teoria da Confiança*, 902. A aceitação de um instituto autónomo da responsabilidade pela confiança nestes termos não tem, todavia, sido clara no quadro da doutrina nacional, V. Menezes Cordeiro, *Tratado*, p. 401.

<sup>560</sup> Referindo-se à figura da compensação por trabalho doméstico em caso de separação de bens do *Codi Civil* catalão, Pascual Ortuño Muñoz afirma que “o sentido teleológico da norma é procurar a compensação de um prejuízo patrimonial, derivado de uma actividade realizada por um dos cônjuges, baseada na boa fé e num *princípio de confiança* na estabilidade o matrimónio (...) que a dada altura se vê defraudado pelo advento da crise matrimonial” (itálico nosso). Pascual Ortuño Muñoz, *Article 41*, 236.

<sup>561</sup> Para mais desenvolvimentos acerca do *Versorgungsausgleich*, ver Cap. II, A.

<sup>562</sup> V. Uwe Diederichsen, "Richtiges" Familienrecht, In Festschrift für Karl Larenz zum 80. Geburtstag am 23. April 1983, herausgegeben von Claus-Wilhelm Canaris und Uwe Diederichsen, München, Beck, 1983, 155 e 156, que explora o *Vertrauensprinzip* que LARENZ identifica como um dos princípios da esfera individual. Karl Larenz, *Richtiges Recht - Grundzüge einer Rechtsethik*. 80 e ss.

<sup>563</sup> Esta ideia é explorada por LOBO XAVIER, ao equacionar a “plena comunhão de vida” como obrigação jurídica conformadora da vida patrimonial dos cônjuges. Rita Lobo Xavier, *Limites à Autonomia Privada*, 434 a 442. A Autora

casamento que, em dado momento, restaurarão a paridade. No entanto, em caso de divórcio, deixa de existir o quadro de comunhão de vida e de projecto de vida comum que permite este reajuste. Tal sagra-se num resultado particularmente negativo para o cônjuge que assumiu as mais pesadas renúncias. Estas estão geralmente relacionadas com uma determinada organização da vida familiar, com a divisão do trabalho que se leva a cabo durante o casamento, principalmente a que perpetua os papéis tradicionais do casal, mas que também não deixam de existir noutros esquemas de organização. Daí que se considere que o casamento é criador de um grande risco para as mulheres<sup>564</sup>, risco económico que é, aliás, aprofundado pela parentalidade<sup>565</sup> e que se torna visível com o divórcio.

Confiança e risco aparecem, portanto, como duas faces da mesma moeda<sup>566</sup>. Esta estrutura aparece-nos já no tratamento da confiança levado a cabo na teoria de LUHMANN, para quem a confiança aparece como meio de simplificação da vida por meio da aceitação do risco<sup>567</sup>. Na verdade, para o Autor, a confiança no sistema comporta a renúncia, como um risco consciente, a alguma possibilidade de maior informação, bem como ao controlo dos resultados<sup>568</sup>. Podemos transpor esta ideia para o casamento, que se caracteriza como uma plena comunhão de vida, no seio da qual os cônjuges assumirão comportamentos de partilha, com alguma indiferença relativamente aos resultados obtidos – porque se encontram camuflados na comunidade –, ancorados na confiança da relação. No entanto, na hipótese de dissolução do casamento, a confiança já não pode depositar-se na conduta do outro e teremos de nos dirigir para os remédios jurídicos que reestabeleçam tal equilíbrio. Ora, ainda segundo LUHMANN, a confiança é reforçada pelas disposições legais que “dão uma segurança especial às expectativas particulares e as tornam sancionáveis (...) diminuam o risco de outorgar confiança<sup>569</sup>. O artigo 1676.º, n.º 2, será uma

---

defende que a lei pode apenas tutelar “a confiança que foi depositada num projecto de vida em comum”. Rita Lobo Xavier, *Direito ao divórcio*, 510. Apesar de tudo, DUARTE PINHEIRO critica, precisamente, “a escassa preocupação da Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro, com a tutela do investimento da confiança no projecto matrimonial”. Jorge Duarte Pinheiro, *O Direito da Família Contemporâneo*, 2013, 645.

<sup>564</sup> Ann Laquer Estin, *Can Families Be Efficient?*, 13.

<sup>565</sup> John Eekelaar, *Equality and the Purpose of Maintenance*, p. 198 e John Eekelaar, *Are Parents Morally Obligated to Care for Their Children*, p. 353. Poder-se-á argumentar que estes riscos são de ambos os progenitores, no entanto, o cuidador principal é aquele que está sujeito a maiores prejuízos de natureza patrimonial. Twila L. Perry, *No-Fault Divorce*, 85.

<sup>566</sup> Também GIDDENS nos apresenta a dupla face confiança v. risco, em “The Consequences of Modernity”, embora apresente este binómio no espaço social, numa perspectiva macro, não familiar. Anthony Giddens, *The Consequences of Modernity*.

<sup>567</sup> Niklas Luhmann, *Vertrauen*, 93.

<sup>568</sup> *Idem*, 27.

<sup>569</sup> *Idem*, 41.

destas disposições que concedem uma rede de protecção aos cônjuges e às suas decisões relativamente à forma como conduzem o casamento, baseados na confiança.

Não encontramos, assim, a fonte dos prejuízos a que o artigo 1676.º, n.º 2, visa dar resposta numa conduta do cônjuge requerido que seja passível de censura jurídica. Não estamos, já o vimos, perante danos que emirjam da violação de deveres por parte dos cônjuges. Não se procura imputar ao cônjuge lesante e culpado o encargo de responder pelos danos que causou. O fundamento para este responder pelas desvantagens que identificámos tem de se encontrar noutra sede, independentemente da culpa<sup>570</sup>. Equacionámos, no entanto, se deveríamos, ainda assim, recorrer à regras da responsabilidade contratual, ao abrigo do seu entendimento alargado pelos deveres de protecção.

Lembremos as palavras de PEREIRA COELHO e GUILHERME DE OLIVEIRA. Os nossos Professores sublinham a falta de fundamento da ideia de que todas as normas do contrato devem ser aplicadas ao casamento, mas admitem, todavia, que tal aplicação seja considerada caso a caso, em atenção especial à natureza do contrato matrimonial<sup>571</sup>.

Ora, no que diz respeito ao crédito compensatório, a norma do artigo 1676.º, n.º 2, prevê já uma manifestação da responsabilidade de um dos cônjuges, que não tem de ser extraída de normas gerais, e fá-lo em determinado sentido. Na verdade, repita-se que, com o crédito compensatório visa responder-se à situação em que um dos cônjuges, por e para beneficiar a comunidade conjugal, sofreu danos de natureza patrimonial, em função da repartição das contribuições para os encargos da vida familiar operada no seio do casamento. E o legislador terá, na nossa opinião, atendido ao facto de que o outro cônjuge beneficiou destes contributos inexigíveis e portanto deverá suportar os prejuízos que daí advêm, de acordo com o velho brocardo *ubi comoda, ibi incommoda*. Parece, assim, que a ideia mais próxima, que nos poderá servir de referência no âmbito das categorias gerais, será a da

---

<sup>570</sup> Na verdade, a regra é a de que o dano fica com quem o sofre, logo, *casum sentit dominus*. Tal significa que para que outrem responda por ele, terá de haver fundamento para tal. Monteiro, Jorge Ferreira Sinde – Relatório sobre o programa, conteúdo e métodos de uma disciplina de responsabilidade civil (Curso de Mestrado), Coimbra, 2001, p. 8. e Manuel António de Castro Portugal Carneiro da Frada, *Contrato e deveres de protecção*, 266.

<sup>571</sup> Desenvolvem estas considerações na última edição do seu Curso de Direito da Família, e ainda a propósito da prova da violação dos deveres conjugais para efeitos de divórcio. Não afastam liminarmente, todavia, por exemplo, a presunção de culpa do cônjuge infractor em acção de indemnização proposta para reparação de prejuízos emergentes da violação dos deveres conjugais. F. M. Pereira Coelho; Guilherme de Oliveira, *Curso*, 626 e 628.

*responsabilidade objectiva*, de *responsabilidade pelo risco*<sup>572</sup>, no âmbito da qual a obrigação de indemnizar depende meramente da verificação da situação de responsabilidade, sem que seja necessário nem averiguar da culpa, nem ponderar a ilicitude<sup>573</sup>. Não é, portanto, necessário recorrer às regras especialmente favoráveis ao lesado da responsabilidade contratual para daí extrair o seu regime<sup>574,575</sup>.

A figura da responsabilidade pelo risco não é, aliás, estranha ao discurso dos instrumentos compensatórios. É a esta conclusão que GARCÍA CANTERO e ENCARNACIÓN ROCA TRIAS chegam quando caracterizam a figura da *compensación* consagrada no artigo 97 do Código Civil espanhol, também ela alheia a qualquer ideia de culpa<sup>576,577</sup>. E é a hipótese de enquadramento proposta por PERRY para refundar os *alimony* na ideia de compensação, por analogia com a *strict liability*<sup>578</sup>.

É certo que algumas objecções a esta aproximação à categoria da responsabilidade pelo risco poderão surgir. Pense-se, por exemplo, na aceitação do risco que se pode argumentar ser inerente à escolha de *estilo de vida* que foi realizada pelo cônjuge que assumiu um papel doméstico e que efectua a

---

<sup>572</sup> Recusando expressamente este entendimento, v. Maria João Romão Carreiro Vaz Tomé, *Considerações sobre alguns efeitos patrimoniais*, 188.

<sup>573</sup> Cf. Carneiro da Frada quanto à posição da ilicitude no seio da responsabilidade pelo risco. Manuel António de Castro Portugal Carneiro da Frada, *Contrato e deveres de protecção*, 277.

<sup>574</sup> Diferenças de regime serão negligenciáveis ou mesmo inexistentes. Não se põe o problema do ónus da prova da culpa, já que se trata de responsabilidade objectiva; não há que delimitar o círculo dos beneficiários - é individualizado o cônjuge que efectua a sobre-contribuição; o problema da ressarcibilidade de danos não patrimoniais não se põe, já que os "prejuízos" são identificados como "patrimoniais"; não importa a invocação do artigo 494.º, porque a culpa não está em causa; o problema do prazo de prescrição será resolvido como veremos *infra*. não se põe a questão da responsabilidade solidária ou conjunta dos devedores, já que só teremos um obrigado. Sobre estas diferenças entre os dois tipos de responsabilidade, ver Pedro Ferreira Múrias, «A responsabilidade por actos de auxiliares e o entendimento dualista da responsabilidade civil», Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, XXXVII, n. 1, 1996, p. 180-185 e, João de Matos Antunes Varela, *Das Obrigações em Geral*, 520, nota 2.

<sup>575</sup> A responsabilidade objectiva não tem, no entanto, de ser estranha à responsabilidade contratual. Cf., a propósito do artigo 800.º, v. Manuel António de Castro Portugal Carneiro da Frada, *Contrato e deveres de protecção*, 356 e 357, e Pedro Ferreira Múrias, *A responsabilidade por actos de auxiliares e o entendimento dualista da responsabilidade civil*, 208, que adopta uma "posição monista" que o leva a não distinguir aqui responsabilidade contratual e extracontratual.

<sup>576</sup> García Cantero, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, 438. Roca Trias, *Comentarios a los artículos 90 a 101 del Código Civil*, 618. Tal como defendemos para o caso português, Encarna Roca sublinha que não está aqui em causa uma indemnização no sentido típico da palavra, mas que está em causa o ressarcimento de um dano objectivo. *Idem*. Ver também, Encarna Roca, *Familia y Cambio social*, 191 ss.

<sup>577</sup> Outra importante referência neste sentido, pode encontrar-se na figura da compensação por trabalho doméstico no regime de separação de bens do Codi Civil da Catalunha, que, segundo Isabel Miralles González conduz a uma "acção de ressarcimento de um dano objectivo", embora este mecanismo não seja exactamente sobreponível ao do crédito compensatório português. Isabel Miralles González, *La compensación económica por razón de trabajo en el Libro segundo del Código Civil de Cataluña*, 9 e 10.

<sup>578</sup> Twila L. Perry, *No-Fault Divorce*, 67. A analogia de PERRY com a responsabilidade civil, fá-la configurar os *alimony* como o *remedy* que compensa um cônjuge pelos prejuízos desproporcionados sofridos em virtude do "acidente" do divórcio.

sobre-contribuição<sup>579</sup>. Será difícil, todavia, em virtude da natureza da relação, que possamos sustentar sempre a consciência do risco. E, para além disso, tendo em conta que a sobre-contribuição se deu no quadro de uma determinada organização da vida familiar, devemos depreender que resultou de determinação conjunta dos cônjuges, no exercício do seu dever de decidir em conjunto relativamente à vida comum.

Deste modo, ao abrigo da figura do artigo 1676.º, n.º 2, o cônjuge que beneficiou da sobre-contribuição do outro para os encargos da vida familiar, actividade esta que constitui fonte de prejuízo para o seu consorte<sup>580</sup>, vai responder pelos danos sofridos. Ao requerido caberá, assim, responder pelos danos sofridos pelo outro cônjuge, uma vez preenchidos os pressupostos, independentemente de ter obtido um ganho determinável.

### iii. Prejuízo compensável

#### a. Impacto da sobre-contribuição

Como podemos, então, concretizar este “prejuízo” compensável?

Tais “prejuízos” compensáveis traduzir-se-ão no impacto que a sobre-contribuição efectuada teve na vida patrimonial do requerente. Não se trata, assim, de comparar a situação vivida antes e depois do divórcio, como na concepção anterior, nem a condição de vida dos dois cônjuges é aqui cotejada. Isto não significa que a figura do crédito compensatório ignore a figura do requerido em função da posição atomisticamente considerada do requerente. Não o faz, desde logo, porque entende responsabilizá-lo por considerar que beneficiou da actividade do outro. Assim, de um modo indirecto, o crédito compensatório dirige-se também a evitar que (ou a paliar o facto de) o cônjuge que mais investiu no casamento se encontre, em virtude desse facto, numa situação *comparativamente* inferior à do seu consorte. EEKELAAR defende que, com este tipo de abordagem, se procura, acima de tudo,

---

<sup>579</sup> Twila L. Perry, *No-Fault Divorce*, 87.

<sup>580</sup> O beneficiário da responsabilidade é o cônjuge que efectuou a sobre-contribuição. Não estamos, portanto, perante um terceiro face ao qual se responde pelo risco. Mas também não é necessário que assim seja. Veja-se a posição do transportado, no artigo 504.º. João de Matos Antunes Varela, *Das Obrigações em Geral*, 669.

reintroduzir a *igualdade de oportunidades* entre ex-cônjuges<sup>581</sup>. Todavia, este é, na prática um objectivo irrealista<sup>582</sup>. Na verdade, é a própria estrutura social, inclusivamente do mercado de trabalho, que não permite a perfeita igualdade de oportunidades entre os sexos e não é possível usar os recursos da família para superar as desigualdades criadas pelo próprio sistema de família<sup>583,584</sup>. Tal não obsta a que se avance com a ideia de uma compensação para superar a desigualdade, que o Autor identifica com a compensação pelas oportunidades perdidas (*lost opportunities award*)<sup>585</sup>, num aceno ao conceito económico de custo de oportunidade, com o qual apresenta claras similitudes.

Na verdade, o custo de oportunidade é definido como o custo da melhor alternativa perdida. Como explica SAMUELSON, as decisões têm custos de oportunidade porque, num mundo em que os recursos são escassos, significam prescindir de algo. Assim, o custo de oportunidade é o valor do bem ou serviço mais valioso de que se abdicou. Na definição de tudo o que a “melhor alternativa perdida” compreende, a abordagem económica procura, mais uma vez, “levantar o véu do dinheiro” para descobrir e quantificar as consequências reais que estão subjacentes aos fluxos monetários<sup>586</sup>. E assim, como POSNER o apresenta, no custo de oportunidade, é o benefício mais valioso a que se renunciou, em virtude das escolhas económicas efectuadas<sup>587</sup>. Na leitura de ELLMAN, aqui entraria a totalidade das consequências económicas destas opções, que compreendem tanto as diferenças de rendimento como as diferenças residuais na capacidade de ganho. Estas diferenças apuram-se face ao rendimento teórico que teria ganho durante o período em que o cônjuge requerente esteve casado se não se tivesse entrado na relação matrimonial<sup>588</sup>. CARBONE, por seu lado, caracteriza antes as *lost income*

---

<sup>581</sup> John Eekelaar, *Equality and the Purpose of Maintenance*, 192.

<sup>582</sup> Como nota Herring, tanto a igualdade de resultado como a igualdade de oportunidades não se apresentam como resultados satisfatórios. A dificuldade relativamente à igualdade de resultado prende-se com o facto de, apesar de se proporcionarem os mesmos meios a ambos os cônjuges, tal não poder produzir o mesmo nível de vida, pelo facto de as necessidades que o cônjuge que tem filhos a cargo serem diferentes. Jonathan Herring, *Family Law*, 2013, 214.

<sup>583</sup> John Eekelaar, *Equality and the Purpose of Maintenance*, 193.

<sup>584</sup> Richard Ingleby, *Lambert And Lampposts*, 147. INGLEBY questiona o valor da própria ideia de igualdade neste contexto, argumentando que a própria família é “a mais importante estrutura social a manter a desigualdade, que a desigualdade caracteriza a nossa sociedade e a sua invocação, em termos abstractos, é apenas uma forma de evitar a difícil questão de determinar as contribuições de cada parte para o casamento.

<sup>585</sup> John Eekelaar, *Equality and the Purpose of Maintenance*, 192.

<sup>586</sup> Paul A. Samuelson; William D. Nordhaus, *Economics*, 139-140.

<sup>587</sup> Richard A. Posner, *Economic Analysis of Law*, 6 e 7.

<sup>588</sup> Ira M. Ellman, *The Theory of Alimony*, 54 e ALI, *Principles of the Law*, 848.

*opportunities* como os custos de ter filhos, melhorar a carreira do outro e assumir o estilo de vida que só um *full home-maker* possibilita<sup>589</sup>.

Portanto, partindo desta concepção, há que traçar o caminho hipotético que o cônjuge requerente teria trilhado se não tivesse enveredado pela via do casamento, ou seja, há que determinar os benefícios do *investimento alternativo* que teria efectuado<sup>590</sup>.

Assim, terão de ser confrontadas duas realidades – a situação económica no fim do casamento do cônjuge que se habilita ao crédito compensatório e a que viveria se não tivesse entrado naquela relação matrimonial em que contribuiu desproporcionadamente para a vida familiar. Ora, tal pode implicar a eleição como pólo de comparação da situação em que estaria neste momento se não se tivesse casado<sup>591</sup>, ou ainda da situação em que estaria se os cônjuges não tivessem efectuado opções, relativamente às contribuições realizadas, que provocaram as desvantagens que se concentraram num deles<sup>592</sup>.

#### b. A perda de chance

Além das críticas relativas ao método de determinação do montante do crédito compensatório que esta escolha convoca e de que trataremos adiante<sup>593</sup>, há que perguntar se não nos estaremos a apoiar aqui num conceito que vem sendo alvo de acesa controvérsia no seio do nosso ordenamento jurídico – a perda de chance. Na verdade, tem-se assistido em alguns ordenamentos jurídicos<sup>594</sup> ao avanço da ideia

<sup>589</sup> June Carbone, *Economics, Feminism*, 1483, nota 85.

<sup>590</sup> Rita Lobo Xavier, todavia, rejeita esta linha de entendimento dos “prejuízos” visados pelo artigo 1676.º, n.º 2. Recusa que se proceda a um “juízo de prognose póstuma”, que permita comparar a situação do cônjuge requerente com aquela em que estaria se se tivesse dedicado a uma carreira profissional. Para a Autora, não se trata de ter em conta o que se deixou de ganhar com a actividade alternativa a que se teria dedicado não fosse a assunção das responsabilidades na família (“lucros cessantes”), ou seja, não cabe compensar benefícios que deixou de obter em consequência das opções tomadas durante o casamento. Rita Lobo Xavier, *Recentes Alterações*, 58.

<sup>591</sup> É a explicação de Ira M. Ellman, *The Theory of Alimony*, 53 e 65, para a identificação dos prejuízos em termos de perda de capacidade de ganho da *Theory of Alimony*.

<sup>592</sup> Na proposta do ALI, identifica-se a medida precisa da perda de capacidade de ganho no caso de compensação por perda residual da capacidade de ganho com a determinação do que seria a capacidade de ganho se não tivesse prestado a maior porção de cuidado parental. Todavia, como veremos, acaba por se optar por uma *proxy measure* para determinação desta medida. ALI, *Principles of the Law*, 840.

<sup>593</sup> Ver Cap. II, A.

<sup>594</sup> Para uma análise das perspectivas francesa e italiana, ver Rui Cardona Ferreira, *A perda de chance*, especialmente pp. 31-48. Encontramo-lo também nos direitos inglês, estadunidense, austríaco e espanhol. Júlio Vieira Gomes, *Sobre o dano da perda de chance*, 14 e ss.



de que a mera perda de possibilidade de alcançar um resultado favorável (obter um ganho ou evitar um dano)<sup>595</sup> constitui um dano autónomo<sup>596</sup>, como tal indemnizável<sup>597</sup>. Está aqui presente um juízo de “prognose sobre a evolução hipotética”, a comparação entre uma situação real e actual e uma situação hipotética, também ela actual, mas marcada por uma grande incerteza, particularmente se se referir a um processo evolutivo que se desenrole ao longo de um lapso temporal alargado<sup>598</sup>. Na verdade, o curso dos acontecimentos, na ausência do evento gerador da responsabilidade, nunca se consegue libertar da incerteza intrínseca do facto de a chance encerrar, em potência, tanto uma conclusão favorável como desfavorável dos acontecimentos<sup>599</sup>. Assim, para que este dano seja ressarcível, segundo os seus defensores, há que proceder a uma avaliação em duas fases. Em primeiro lugar, determina-se a situação em que o lesado se encontraria se a chance se tivesse concretizado; em segundo lugar, avalia-se a consistência da chance (i.e., a probabilidade da sua realização)<sup>600</sup>.

No entanto, a aceitação da perda de chance como um dano autónomo no âmbito do nosso sistema de responsabilidade civil é alvo de resistência por parte significativa da doutrina que não encontra no actual sistema de responsabilidade civil, nas palavras de PAULO MOTA PINTO, “base jurídico-positiva para apoiar a indemnização da perda de chances”<sup>601</sup>. GOMES nota que a figura do dano da perda de chance é oriunda de um sistema distinto do nosso que assenta em conceitos distintos tanto de ilicitude como de causalidade<sup>602</sup> e que tem a sua existência

---

<sup>595</sup> Rute Teixeira Pedro, *A Responsabilidade Civil do Médico*, 185 e 208.

<sup>596</sup> Nas palavras de PEDRO, a “chance será uma realidade *a se*, um valor actual e autónomo distinto de utilidade final que potencia”. Rute Teixeira Pedro, *A Responsabilidade Civil do Médico*, 209.

<sup>597</sup> O conceito de perda de chance, abarca, todavia, duas teorias distintas. Uma, já classificada como a “verdadeira”, vê na perda de chance um tipo específico de dano ou uma modalidade especial do seu cálculo. A outra apresentaria um carácter falso, já que defenderia antes a adopção de uma visão meramente probabilística da causalidade, um mero artifício para contornar as situações de incerteza na determinação da relação causal. Júlio Vieira Gomes, *Sobre o dano da perda de chance*, 33 e ss, e Rute Teixeira Pedro, *A Responsabilidade Civil do Médico*, 205 a 208.

<sup>598</sup> Júlio Vieira Gomes, *Sobre o dano da perda de chance*, 22.

<sup>599</sup> Rute Teixeira Pedro, *A Responsabilidade Civil do Médico*, 208.

<sup>600</sup> Júlio Vieira Gomes, *Sobre o dano da perda de chance*, 32.

<sup>601</sup> Paulo Mota Pinto, *Interesse Contratual*, vol. II, 1106, nota 3103, propõe antes que se enverede pelo caminho da inversão do ónus ou da facilitação do ónus da prova, da causalidade e do dano, “com posterior redução da indemnização (..), do que fundamentar a aceitação da “perda de chance” como tipo autónomo de dano, por criação autónoma do direito para a qual faltam apoios.” *Idem*.

<sup>602</sup> Júlio Manuel Vieira Gomes, *Ainda sobre a figura do dano*, 19.

facilitada por uma visão probabilística da causalidade<sup>603</sup>, estranha ao ordenamento jurídico português que acolhe a teoria da causalidade adequada<sup>604,605</sup>.

Ora, apesar da resistência doutrinal, a jurisprudência portuguesa tem acolhido (embora não unanimemente) o reconhecimento desta categoria de dano autónomo<sup>606,607</sup> e, portanto, teremos, pelo menos, de equacionar o tratamento dos prejuízos sobre os quais nos debruçamos à luz desta figura. E, mesmo do ponto de vista doutrinal, há abertura crescente para a sua consideração<sup>608</sup>.

Efectivamente, haverá prejuízos sofridos pelo cônjuge requerente que se poderão enquadrar no conceito da perda de chance<sup>609</sup>. A irredutível incerteza relativamente ao facto de ter sido a ordenação da relação matrimonial realizada pelos cônjuges a causa geradora ou a condição *sine qua non* dos danos invocados, não permitiria, à luz das exigências da causalidade adequada, justificar a sua ressarcibilidade<sup>610</sup>, nunca se podendo afirmar com certeza se aquele evento desembocaria num determinado resultado ou na sua perda. O seu acolhimento depende da aceitação de um tipo de dano que se traduz na lesão da própria possibilidade de uma vantagem, que é susceptível de ser avaliada do ponto de vista económico, mas que implica admitir uma concepção de património que extravasa a

<sup>603</sup> Júlio Manuel Vieira Gomes, *Ainda sobre a figura do dano*, 22.

<sup>604</sup> Cf. artigo 563.º do Código Civil. Júlio Vieira Gomes, *Sobre o dano da perda de chance*, 38.

<sup>605</sup> GOMES contesta ainda a função punitiva da responsabilidade civil de que o dano da perda de chance é instrumental e que não é acolhida, em princípio, entre nós. V. Júlio Manuel Vieira Gomes, *Ainda sobre a figura do dano*, 25. Considera também a teoria da diferença como um obstáculo ao reconhecimento da figura da perda de chance, mas não lhe atribui importância decisiva enquanto mero método de quantificação do dano patrimonial e não de determinação da sua existência. Júlio Manuel Vieira Gomes, *Ainda sobre a figura do dano*, 29.

<sup>606</sup> Júlio Manuel Vieira Gomes, *Ainda sobre a figura do dano*, 17.

<sup>607</sup> Na verdade, nos tribunais portugueses detecta-se a referência directa, ou pelo menos abertura, relativamente à figura. Vejam-se, nestes sentidos, Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 02 de Dezembro de 2010 (relator: Raul Borges), Proc. 2519/06.0TAVCT.G1.S1, Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 23 de Outubro de 2003 (relator: Salvador da Costa), Proc. 03B3071, Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 12 de Dezembro de 2002 (relator: Silva Salazar), Proc. 02A3627, Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 28 de Fevereiro de 2002 (relator: Garcia Marques), Proc. 01A4399, e Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 21 de Dezembro de 2010, (relator: Falcão de Magalhães), Proc. 1601/08.4TBVIS.C1. Em sentido contrário, v. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 01 de Outubro de 2009 (relator: Sousa Fonte), Proc. n.º 91/01.7GTLRA.C1.S1 (todos em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)).

<sup>608</sup> Ver Rui Cardona Ferreira, *A perda de chance*, 29 a 58. Sobre o seu acolhimento, num dos contextos clássicos de convocação da figura, a responsabilidade do médico, ver Rute Teixeira Pedro, *A Responsabilidade Civil do Médico*, especialmente 179 e ss; Manuel A. Carneiro da Frada, *Direito Civil, Responsabilidade Civil*, 104; João António Álvaro Dias, *Dano Corporal*, 252.

<sup>609</sup> Note-se que, apesar de se favorecer o acolhimento da figura no domínio do negócio jurídico, esta também é admitida no âmbito da responsabilidade aquiliana. Júlio Manuel Vieira Gomes, *Ainda sobre a figura do dano*, 19.

<sup>610</sup> PEDRO sintetiza três notas essenciais para que estejamos perante a figura da perda de chance: i) existência de um resultado positivo futuro cuja verificação não é certa; ii) chance real de obtenção da finalidade almejada (o que implica a prova dos requisitos que permitem tal obtenção e a ausência de prova de factos impeditivos); iii) comportamento de terceiro gerador da responsabilidade que elimina as possibilidades de o resultado se vir a verificar. Rute Teixeira Pedro, *A Responsabilidade Civil do Médico*, 198 e ss.

sua clássica configuração jurídica enquanto conjunto de direitos e obrigações<sup>611</sup>. Entre nós, PEDRO nota que a ausência de uma norma tuteladora do património em geral no ordenamento jurídico português constitui um entrave à aceitação do dano de perda de chance como a tradução de uma lesão à “integridade do património”, mas admite que se pode aceitar a ressarcibilidade deste dano nos casos em que existe norma legal que conceda “protecção (directa) àqueles interesses”. E CARNEIRO DA FRADA, não obstante considerar que a aceitação do dano da perda de chance no campo da responsabilidade delitual sofre maiores entraves, acaba por admitir que tal dependerá da possibilidade de determinar a “violação de uma norma cujo escopo seja precisamente a salvaguarda da ‘chance’ ”<sup>612</sup>. Deste modo, podemos perguntar-nos se o artigo 1676.º, n.º 2, ao prever a compensação dos “prejuízos patrimoniais importantes” que advêm das renúncias efectuadas para permitir uma sobre-contribuição para os encargos da vida familiar, não visará também a perda de chance<sup>613</sup>.

O terreno em que nos movemos é também fértil para a consideração da chamada “chance à segunda potência”, ou seja, da hipótese em que “a consumação da chance não é iminente, mas poderia vir a verificar-se no futuro, mediante a reunião de determinadas circunstâncias”<sup>614</sup>. Um exemplo avançado<sup>615</sup> para este dano diz respeito ao acesso a uma determinada profissão por parte de quem ainda se encontra numa fase de preparação ou aprendizagem. Nestes casos, há que determinar quais as possibilidades de êxito na primeira fase de acesso e posteriormente simular um percurso profissional hipotético. Será, então, necessário fazer prova dos factos que sustentem a realidade deste sucesso profissional<sup>616</sup>. Dependerá, portanto, da abertura dos decisores para aceitar, ao abrigo desta figura, a admissibilidade da compensação de alguns dos “prejuízos” causados.

### c. Lucro cessante e dano emergente

<sup>611</sup> Cf. a este propósito, Rute Teixeira Pedro, *A Responsabilidade Civil do Médico*, 211 e ss.

<sup>612</sup> Manuel A. Carneiro da Frada, *Direito Civil, Responsabilidade Civil*, 104.

<sup>613</sup> PEDRO dá-nos nota da questão da perda de chance também poder ser posta ao nível da responsabilidade pelo risco, desde que estejamos perante uma hipótese prevista pela lei deste tipo de responsabilidade. Rute Teixeira Pedro, *A Responsabilidade Civil do Médico*, 201, nota 497.

<sup>614</sup> Rute Teixeira Pedro, *A Responsabilidade Civil do Médico*, 219.

<sup>615</sup> *Idem*.

<sup>616</sup> *Idem*.

Apesar do juízo de natureza hipotética associado à sua determinação, nem todas as perdas sofridas e enquadráveis no artigo 1676.º, n.º 2, dependem da aceitação da categoria da perda de chance. Não nos podemos esquecer que, para que seja necessário convocar esta figura, teremos de estar perante uma situação de incerteza (séria, é certo), mas que não nos permite afirmar quer um determinado resultado, quer a sua frustração. Ora, esta incerteza assim caracterizada nem sempre estará presente quando tratamos de comparar a situação real do cônjuge com a que viveria não fosse o desenrolar da sua vida matrimonial. Pense-se, por exemplo, na consideração dos prejuízos sofridos na sequência da recusa de uma promoção efectivamente oferecida só para evitar um número acrescido de horas de trabalho ou uma deslocação geográfica que poderiam brigar com o interesse da família e a contribuição para os encargos da vida familiar que se assumiu. Aqui não haverá incerteza quanto ao resultado e o dano visado não é a perda de chance mas o dano final, ainda que possa reconduzir-se à categoria de lucro cessante<sup>617</sup>. Na verdade, e apesar da exigência de que o dano, para que seja indemnizável, seja certo e não simplesmente eventual, no lucro cessante, esta certeza será meramente relativa<sup>618</sup>. Estamos, assim, perante uma realidade hipotética<sup>619</sup>, cuja prova de existência tem de assentar na sua probabilidade (artigo 563.º) de acordo com os dados da experiência<sup>620,621</sup>.

Por fim, teremos situações que podem, sem mais, ser classificadas ao abrigo do conceito de dano emergente presente no nosso sistema. Veja-se, por exemplo, a destruição de um bem que se disponibilizou para uso da família<sup>622</sup>.

### 1.3.1.3. Restituição de benefícios

---

<sup>617</sup> Note-se que apesar de se discutir a classificação do dano da perda de chance como dano emergente ou lucro cessante, quem defende a autonomia deste dano tende a considerá-lo como dano emergente. Júlio Vieira Gomes, *Sobre o dano da perda de chance*, 25 e 26, que contesta a sua inserção no dano emergente.

<sup>618</sup> Júlio Manuel Vieira Gomes, *Ainda sobre a figura do dano*, 26 e 27, e Júlio Vieira Gomes, *Sobre o dano da perda de chance*, 11.

<sup>619</sup> Júlio Vieira Gomes, *Sobre o dano da perda de chance*, 11.

<sup>620</sup> Júlio Manuel Vieira Gomes, *Ainda sobre a figura do dano*, 27.

<sup>621</sup> Esta norma exprime, assim o considera a doutrina maioritária, a causalidade adequada que exige que para que um facto seja causa adequada de outro se configure como uma condição *sine qua non* deste. Júlio Manuel Vieira Gomes, *Ainda sobre a figura do dano*, 27, e Júlio Vieira Gomes, *Sobre o dano da perda de chance*, 38.

<sup>622</sup> Também no sentido de incluir quer o dano emergente, quer o lucro cessante, ver Rute Teixeira Pedro, *Family solidarity*, p. 253.

i. **Perspectiva da “restituição”**

A última perspectiva que identificámos centra-se na restituição dos benefícios a que um dos cônjuges acedeu em virtude dos contributos do outro<sup>623</sup>. Ao contrário das duas abordagens anteriores, não se centra no lesado, no que perdeu, mas sim no beneficiado e no ganho que este obteve.

O objectivo da “restituição” é eleito por quem, informado pela perspectiva da análise económica, entende, à luz de uma ideia de eficiência, que só o resultado da “restituição” pode encorajar a parte cumpridora a pesar as vantagens do investimento (na relação matrimonial) face à possibilidade de o investimento se tornar sem valor face às acções da outra parte<sup>624</sup>. Parte-se do princípio de que nem sempre o incumprimento do contrato é ineficiente e que, portanto, os contributos adicionais feitos pelas partes, que não são exigíveis, mas que aumentam o retorno (*surplus enhancing reliance*) devem ser encorajados apenas quando o retorno esperado do investimento os justificam, descontando a probabilidade de incumprimento. Isto é assim porque só a “restituição” (e não as soluções anteriores, crismadas neste contexto de *reliance* ou de *expectation*) prevê compensação *apenas* quando há um benefício concedido à outra parte<sup>625</sup>.

O prisma da “restituição” também é adoptado por quem, almejando o objectivo bem diverso de transcender a dicotomia entre a casa e o mercado e apoiar os esforços de participação das mulheres no mercado de trabalho e de contribuição para as famílias<sup>626</sup>, considera que serve não só os mencionados objectivos de eficiência, mas também de justiça (*fairness*)<sup>627</sup>. Argumenta-se a favor da “restituição” que é a melhor forma de reconhecer os contributos das mulheres casadas para o cuidado dos filhos e os ajustamentos inevitáveis nas famílias de duas carreiras, sem retornar ao sistema de separação entre a casa e o mercado<sup>628</sup>. Na

---

<sup>623</sup> Adoptamos aqui um sentido amplo de “restituição”, que não se limita à sanção contratual de devolução do que tivesse sido prestado. Sobre o entendimento da “restituição” no âmbito do contrato, ver Fernando Araújo, *Teoria Económica*, 810 e ss.

<sup>624</sup> June Carbone, *Economics, Feminism*, 1485. Avery Katz, *Reflections on Fuller*, 559, que explica que tanto a medida da *expectation* como a da *reliance* incentivam uma *overreliance* ineficiente, já que ambas cobrem inteiramente investimentos infrutíferos.

<sup>625</sup> June Carbone, *Economics, Feminism*, 1487.

<sup>626</sup> Frances E. Olsen, *The Family And The Market*, 1560 e ss., em que parte dos efeitos destrutivos da dicotomia família/mercado e propõe a própria superação da dicotomia de géneros.

<sup>627</sup> June Carbone, *Economics, Feminism*, 1495.

<sup>628</sup> June Carbone, *Economics, Feminism*, 1493.

perspectiva dos estudos feministas, este sistema encoraja as mulheres a procurarem a segurança económica nos seus ganhos, em vez de olharem para o casamento com este propósito. Na verdade, o investimento no casamento que não resulta em ganhos que subsistam após o divórcio deixa-as desprotegidas. Todavia, também pode funcionar para incentivar a manter a função primária de cuidar dos filhos e fazer sacrifícios que melhorem a carreira do seu cônjuge. De facto, na medida em que estes contributos gerem ganhos que sobrevivam ao casamento, devem ser protegidos<sup>629</sup>.

Finalmente, esta abordagem centrada no ganho de um cônjuge é louvada por prescindir de qualquer avaliação da culpa. As contribuições são reconhecidas sem que esta tenha de ser alegada e provada<sup>630</sup>, o que responde às inquietações dos autores que se debatem com a conciliação da ausência de culpa com a determinação das consequências económicas pós-divórcio<sup>631</sup>.

Não se estranha, portanto, que a perspectiva da “restituição” colha o favor de muitos, mas o mosaico variado de motivações que o fundamenta faz com que resultem diferentes consequências da adesão ao pressuposto inicial de que resulta uma situação de iniquidade das hipóteses em que um cônjuge abandona o casamento com uma posição mais favorável, nomeadamente com capacidade de ganho acrescida, e a posição do outro não foi adequadamente acautelada, quer quanto ao objecto da restituição quer quanto à natureza do mecanismo através do qual opera.

#### ii. Objecto da restituição

Pode entender-se, de forma mais minimalista, que a “restituição” diz respeito apenas ao valor das contribuições realizadas<sup>632</sup>. Certo é, porém, que o facto de se delimitar assim o benefício também não é isento de dificuldades. Levanta-se sempre a questão de o definir. Na verdade, se se tratar de uma *contribuição directa*, pode traduzir-se neste valor. Pense-se nos casos da contribuição para a educação ou

---

<sup>629</sup> June Carbone, *Economics, Feminism*, 1494.

<sup>630</sup> No entanto, como já vimos, a perspectiva debatida no ponto anterior também não a convoca necessariamente.

<sup>631</sup> Fazendo esta leitura do pensamento de Ellman, cf. June Carbone, *Economics, Feminism*, 1466.

<sup>632</sup> Numa perspectiva próxima, portanto, do enriquecimento em abstracto. Ver Francisco Manuel Pereira Coelho, *O enriquecimento e o dano*, 339.

formação do outro cônjuge. Mas também as *contribuições indirectas* podem ser objecto de restituição. Simplesmente, há que encontrar uma medida para determinar o valor do benefício retido. Ora, como já tivemos oportunidade de referir, não é isenta de dúvidas a propriedade da valoração das actividades realizadas no âmbito do casamento através dos critérios do mercado. É que, se não podemos, nem pretendemos, negar o valor económico destas, também não parece que este possa ser aferido com base em contextos em que a sua apreciação é bem diversa<sup>633</sup>. É certo que, numa abordagem mais contida, podemos entender o benefício retido pelo cônjuge favorecido como o montante que poupou ao não ter de contratar tais serviços no mercado<sup>634</sup>. Há áreas, todavia, nas quais é mais pacífico aceitar esta medida. É mais fácil lançar mão do valor de mercado no mero trabalho doméstico do que no cuidado dos filhos, e ainda mais na colaboração prestada no negócio ou profissão do outro cônjuge.

Mas podemos ainda considerar medidas mais amplas dos benefícios. Assim, podem compreender-se os *efectivos incrementos patrimoniais* que resultaram da contribuição feita por um cônjuge e estes serem a medida do benefício<sup>635</sup>. Ou, também já se propôs fixar-se esta medida não no rendimento efectivo, mas no *rendimento projectado*, que resultaria do aumento da capacidade de ganho possibilitada pelo esquema da divisão dos papéis no casamento adoptada pelo casal. No caso clássico do *medical student syndrome*, por exemplo, a mulher que sustentou o marido durante a sua formação académica e profissional poderia ver o benefício calculado como o rendimento projectado que havia sido possibilitado em função das respectivas contribuições (o rendimento e apoio de um e os esforços e talento de outro)<sup>636</sup>.

Para além destes benefícios, de carácter tangível, também seriam equacionáveis benefícios de valor dificilmente quantificável sob o ponto de vista económico. Pense-se no valor que pode ser atribuído ao facto de o cuidado dos filhos ser assumido pela mãe, em vez de um terceiro<sup>637</sup>.

---

<sup>633</sup> Cf. 1.1.1.

<sup>634</sup> Cf. 1438 CCiv espanhol e sentença do Tribunal Superior de 14 de Julho de 2012 e CCiv catalão 232-5.1..

<sup>635</sup> O que estará em consonância com a ideia de enriquecimento patrimonial. Francisco Manuel Pereira Coelho, *O enriquecimento e o dano*, 339.

<sup>636</sup> Joan M. Krauskopf, *Theories of Property Division*, 260-262.

<sup>637</sup> June Carbone, *Economics, Feminism*, 1484.

### iii. Natureza do mecanismo da restituição

#### a. Mero reembolso das contribuições

Aproximações de carácter mais minimalista à ideia de restituição elege o mecanismo do *mero reembolso* das contribuições. Este destina-se apenas a levar o cônjuge que tenha recebido um benefício do outro a proceder à sua restituição. Está, assim, em consonância com o objectivo da repetição do indevido, na medida em que esta pode ser caracterizada como “retrocesso mecânica pura e simples”<sup>638,639</sup>. Para uma perfeita assimilação, todavia, deveria entender-se a sobre-contribuição como uma prestação efectuada com o intento de cumprir uma obrigação e em que esta não existe, porque extravasa o legalmente devido, excluindo também aqui a cobertura dada pela figura da obrigação natural<sup>640</sup>. E, desde logo, a intenção de cumprir uma obrigação não existiria se se provasse o *animus donandi*<sup>641</sup> do cônjuge que mais contribuiu<sup>642</sup>.

Entre nós, a compreensão da medida do artigo 1676.º, n.º 2, como um mecanismo de mero reembolso foi avançada por CRISTINA ARAÚJO DIAS, para quem não se operou uma alteração substancial da primitiva regra que resultou da Reforma de 1977, que se refere à compensação da contribuição para os encargos da vida familiar que excede a parte que cabia a tal cônjuge. Para CRISTINA ARAÚJO DIAS, limitamo-nos a assistir à alteração da presunção de renúncia ao crédito compensatório, que a norma inicialmente previa<sup>643</sup>. Se bem o entendemos, a Autora considera que esta coincidência permanece tanto na proposta do Decreto n.º 245/X como na solução que se tornou lei, pois defende que, apesar da modificação na letra do preceito, o sentido e conteúdo destas soluções é o mesmo<sup>644</sup>. E, em momentos

<sup>638</sup> António Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil Português*, 215 e 216.

<sup>639</sup> Hoje incluída na constelação do enriquecimento sem causa. Criticando a perda de autonomia da figura, v. L. P. Moitinho de Almeida, *Os Alimentos no Código Civil*, 106.

<sup>640</sup> Cf. artigo 476.º. João de Matos Antunes Varela, *Das Obrigações em Geral*, 506 a 508.

<sup>641</sup> A. Menezes Cordeiro, *Tratado*, p. 259.

<sup>642</sup> Da consideração das figuras da obrigação natural e da existência de *animus donandi* trataremos mais à frente.

<sup>643</sup> Cristina M. Araújo Dias, *Uma Análise do Novo Regime*, 65, e Cristina M. Araújo Dias, *O crédito pela compensação do trabalho doméstico*, 209.

<sup>644</sup> Cristina M. Araújo Dias, *Uma Análise do Novo Regime*, 67, e Cristina M. Araújo Dias, *O crédito pela compensação do trabalho doméstico*, 212.



diferentes, refere-se ao resultado almejado como o “reembolso”<sup>645</sup>, clarificando a sua posição quando afirma que o cônjuge “deverá, em linguagem puramente económica, ser reembolsado”, e que se “fixa um direito de reembolso ao cônjuge empobrecido face ao outro cônjuge”<sup>646,647</sup>.

Na verdade, a exposição de motivos do Projecto de Lei n.º 509/X, que encerrava a primeira proposta de alteração ao artigo 1676.º, n.º 2, também parecia apontar neste sentido. Invoca o princípio geral de compensação dos movimentos de enriquecimento ou de empobrecimento ocorridos durante o casamento, que deve funcionar quando se acertam as contas finais dos patrimónios, como a fundamentação para o “crédito de compensação” do cônjuge que contribuiu manifestamente mais do que era devido para os encargos da vida familiar, no momento da partilha<sup>648</sup>.

O “mero reembolso” das sobre-contribuições poderá ter sido a primeira ideia do legislador de 2008. No entanto, não foi a sua palavra final<sup>649</sup>. Terá sido sensível às posições doutrinárias que, no contexto internacional, consideram que o mero reembolso das contribuições como paradigma da “restituição” é inadequado<sup>650</sup>. Ou terá procurado responder a objecções de dificuldade e de indesejabilidade de contabilização das contribuições<sup>651</sup>.

---

<sup>645</sup> Num primeiro momento, caracteriza o direito previsto no artigo 1676.º, n.º 2 como “o direito de ser reembolsado pelo outro naquilo em que ficou empobrecido por ter abdicado dos seus interesses pessoais”. Cristina M. Araújo Dias, *Uma Análise do Novo Regime*, 65, e Cristina M. Araújo Dias, *O crédito pela compensação do trabalho doméstico*, 209. Num momento ulterior, adverte o legislador que se deveria ter referido mesmo que se tratava de “reembolsar o ex-cônjuge” cuja dedicação ao lar e ao cuidado dos filhos criou a situação que a nova solução pretendeu acautelar nos efeitos do divórcio. Cristina M. Araújo Dias, *Uma Análise do Novo Regime*, 74, e Cristina M. Araújo Dias, *O crédito pela compensação do trabalho doméstico*, 220, e refere que o objecto do reembolso será ser “compensado pelo que contribuiu em excesso”. Cristina M. Araújo Dias, *Uma Análise do Novo Regime*, 70, e Cristina M. Araújo Dias, *O crédito pela compensação do trabalho doméstico*, 215.

<sup>646</sup> Cristina M. Araújo Dias, *Uma Análise do Novo Regime*, 70 e Cristina M. Araújo Dias, *O crédito pela compensação do trabalho doméstico*, 214 e 215.

<sup>647</sup> É certo que não é só a referência ao reembolso que aparece, mas também a linguagem do enriquecimento e do empobrecimento. Cristina M. Araújo Dias, *Uma Análise do Novo Regime*, 60, 61 e 67, e Cristina M. Araújo Dias, *O crédito pela compensação do trabalho doméstico*, 203 e 212. O reembolso, enquanto restituição do indevido, cabe, todavia, no conceito amplo de enriquecimento. Menezes Cordeiro, *Tratado*, p. 212.

<sup>648</sup> Exposição de motivos do Projecto de lei n.º 509-X, 14.

<sup>649</sup> Neste sentido, também, LOBO XAVIER, para quem se eliminou o direito a “reembolso” do excesso da contribuição patrimonial previsto no artigo n.º 2 do artigo 1676.º, só podendo esse “excesso” de contribuição ser um elemento a ter em conta para a apreciação dos “prejuízos patrimoniais”. Rita Lobo Xavier, *Recentes Alterações*, 57.

<sup>650</sup> June Carbone, *Economics, Feminism*, 1484. Ingeborg Schwenzer, *Restitution of Benefits in Family Relationships*, 46.

<sup>651</sup> Na verdade, no veto do Presidente da República, manifestaram-se preocupações relativas à “difícil contabilização e prova” das “contribuições em espécie que a mulher deu para a economia comum” e à manutenção entre os cônjuges de uma “conta-corrente” que estimulasse uma visão “contabilística” do casamento. Mensagem do Presidente da República fundamentando o veto por inconstitucionalidade que exerceu e devolvendo o decreto para reapreciação, DAR II série A Nº.152/X/3 2008.09.10

E, de facto, o “mero reembolso” pode assumir um alcance muito limitado. No contexto norte-americano, a figura dos *reimbursement alimony* emergiu ligada às teorias da contribuição<sup>652</sup>. Distanciados dos tradicionais alimentos por não se sujeitarem ao critério da necessidade, vão buscar o seu nome (*alimony*), porque tomam a configuração de prestações pecuniárias pós-divórcio, embora, na verdade, se transfigurem em pagamentos compensatórios<sup>653</sup>. Na verdade, surgiram para responder à questão específica das contribuições para a educação ou formação do outro cônjuge. Fora deste campo, todavia, os *reimbursement alimony* não têm conhecido muita expansão<sup>654</sup>. É certo que, entre nós, a doutrina favorável ao reembolso sublinha sempre o contributo em trabalho doméstico<sup>655</sup>, o que a torna mais abrangente, mas que a confronta sempre com as questões da sua quantificação e valoração<sup>656</sup>.

**b. Matriz referencial do enriquecimento sem causa**

A versão final do artigo 1676.<sup>º</sup>, n.º 2, apresenta uma formulação nova, tecnicamente diversa da sua proposta inicial no Projecto de Lei n.º 509/X. Assim, se é certo que o propósito genérico de se dirigir às assimetrias criadas no contexto do casamento permanece, o mecanismo eleito para o alcançar transfigurou-se. Mesmo relativamente à figura que resultou da Reforma de 1977, estamos, como também o diz RITA LOBO XAVIER, perante uma “figura totalmente inovadora”<sup>657</sup>. Ora, apesar de afastar o crédito compensatório do mero reembolso, RITA LOBO XAVIER também o entende como um mecanismo de “restituição”. Na verdade, a Autora demarca-se do entendimento de que os “prejuízos patrimoniais importantes” a que a lei se refere se

<sup>652</sup> V. análise de Joan M. Krauskopf, *Recompense for financing*, 391 e ss.

<sup>653</sup> Esta é uma das formas de lidar com o chamado “diploma dilemma,” (assim crismado em *Stevens v. Stevens*, 2011-Ohio-6741). A primeira aproximação possível é tratar as novas habilitações como património partilhável em caso de divórcio. James Herbie DiFonzo, *Toward a Unified Field Theory of the Family*, 948. No entanto, à excepção do Estado de Nova Iorque, em *O’Brien v. O’Brien*, a jurisprudência tem negado a aceitação do conceito económico de capital humano como integrante do património. Joan M. Krauskopf, *Theories of Property Division*, 260. O ALI concebeu um pagamento não baseado na diferença de capacidade financeira das partes de compensação por contribuições para educação ou formação do outro (§ 5.12). Limita-o, todavia, aos casos em que tenha havido aumento da capacidade de ganho substancial e admite-o apenas se o divórcio não for muito posterior à sua obtenção, pois caso contrário já recebeu retorno suficiente ALI, *Principles of the Law*, 888 e ss.

<sup>654</sup> Cynthia Lee Starnes, *The Marriage Buyout*, 139.

<sup>655</sup> Cristina M. Araújo Dias, *Uma Análise do Novo Regime*, p. 60, 61 e 67, e Cristina M. Araújo Dias, *O crédito pela compensação do trabalho doméstico*, 212 e 203.

<sup>656</sup> Cynthia Lee Starnes, *The Marriage Buyout*, 139.

<sup>657</sup> Rita Lobo Xavier, *Recentes Alterações*, 48 a 50.

reportam aos “danos” sofridos pelo cônjuge requerente. A sua posição filia-se na lógica do enriquecimento sem causa, não da responsabilidade civil<sup>658</sup>. Trata-se, no seu entendimento, de “evitar o aproveitamento injustificado de benefícios resultante do trabalho não remunerado de um dos cônjuges e o seu empobrecimento injustificado”<sup>659</sup>, em homenagem a um princípio de “realização da equidade nas relações patrimoniais entre cônjuges”<sup>660</sup>.

Ora, a linguagem do enriquecimento sem causa tem sido um dos recursos utilizados para fundar os pagamentos compensatórios<sup>661</sup>. Na verdade, quando se afirma que estes pagamentos existem quando a outra parte obteve um benefício à custa do outro, é esta a lógica que lhe está subjacente.

Atentemos nos pressupostos do instituto do enriquecimento sem causa como bordão interpretativo do preceito que nos ocupa. Assim, há que averiguar da existência do enriquecimento de um cônjuge, da ausência de causa justificativa para este e do facto de este ter sido obtido à custa do requerido, o outro cônjuge.

#### b.1 Enriquecimento do cônjuge

<sup>658</sup> Para LOBO XAVIER, apesar de o elemento central da norma do artigo 1676.º, n.º 2, serem os “prejuízos patrimoniais importantes”, não se trata de responder aos “danos” sofridos pelo cônjuge que requer a “compensação”, importará antes fazer prova do trabalho proporcionado à família, sem retribuição, de que a família beneficiou e que seria compensado pela manutenção do padrão de vida e pelos direitos sucessórios. No entanto, a Autora nota que após o divórcio, o benefício desse trabalho caberá apenas ao outro cônjuge. Daí que conclua que o crédito compensatório se aproxima do instituto do enriquecimento sem causa e não do da responsabilidade civil. Rita Lobo Xavier, *Recentes Alterações*, 57.

<sup>659</sup> Rita Lobo Xavier, *Recentes Alterações*, 55 e 56. Também este sentido, Maria João Romão Carreiro Vaz Tomé, *Considerações sobre alguns efeitos patrimoniais*, 190, apontando para a hipótese da *condictio ob causam finitam*. Todavia, Maria João Vaz Tomé vem mais tarde rever a sua posição. Maria João Romão Carreiro Vaz Tomé, *Algumas reflexões sobre a obrigação de compensação*, 430, nota 14. Assim, apesar de equacionar a hipótese do enriquecimento sem causa para entender a figura e de reiterar o enquadramento possível da *condictio ob causam finitam* (Idem, 437), vem defender que se visa “uma espécie de partilha equitativa da perda de capacidade aquisitiva sofrida por um dos cônjuges” (Idem, 443). Mas conclui que o “fundamento da obrigação de compensação encontra-se no enriquecimento sem causa e não na responsabilidade contratual” (Idem, 442).

<sup>660</sup> Sobre as várias manifestações do princípio da equidade que rege as relações entre os cônjuges, ver Rita Lobo Xavier, *Limites à Autonomia Privada*, 369 a 421.

<sup>661</sup> São exemplares na inauguração desta perspectiva, o caso Mahoney v. Mahoney [453 A. 2d 527 - NJ: Supreme Court 1982] e o caso Pyeatte v. Pyeatte 661 P. 2d 196 - Ariz: Court of Appeals, 1st Div., Dept. B 1982. No primeiro, o *Supreme Court of New Jersey* decidiu que um título profissional não podia ser considerado património e como tal sujeito à *equitable distribution*, mas a requerente podia obter um *remedial relief* pelas suas contribuições para a educação profissional (um M.B.A.) pelas suas contribuições para a formação profissional do marido. No caso Pyeatte, os cônjuges tinham acordado que cada um deles sustentaria o outro enquanto este estivesse a terminar a sua formação, mas em que o cônjuge marido após obter o seu grau vem pedir o divórcio, escusando-se portanto a suportar a sua parte do acordo. Em Pyeatte decidiu-se com base na *equity* enquanto justiça individual e, nesta base, o *Court of Appeals of Arizona* concedeu à mulher o direito a receber pagamentos periódicos para completar a sua formação.

Em primeiro lugar, teremos de estar perante a obtenção de uma vantagem patrimonial<sup>662</sup> por parte do requerido. Esta vantagem pode, desde logo, consistir no aumento do seu activo, porque permitiu aceder a maiores rendimentos ou bens. Ou inclusivamente, ao abrigo de uma concepção mais ampla de património<sup>663</sup>, ao aumento da sua capacidade de ganho, permitida pelo financiamento directo ou indirecto da sua formação realizada pelo seu consorte ou pelo tempo libertado para a dedicação ao trabalho do primeiro, ao assumir só responsabilidades conjuntas. Esta não decorre apenas de uma deslocação de valores do património do lesado para o enriquecido<sup>664</sup>, mas também pode ter lugar com o uso ou consumo de bens ou direitos do outro cônjuge no dia-a-dia familiar, com redução de despesas<sup>665</sup> que consegue realizar em virtude das contribuições do outro cônjuge. Pense-se nos serviços domésticos que não teve de custear, porque eram providenciados pelo outro cônjuge, ou no valor que não pagou a um trabalhador porque aquele colaborou na sua profissão ou negócio<sup>666</sup>.

Note-se que, no âmbito do crédito compensatório emergente do artigo 1676.º, n.º 2, não podemos visar as situações em que houve enriquecimento de um dos cônjuges porque se investiu na realização de património deste, ainda que tenha beneficiado a família. Tratamos daquilo que emerge da contribuição para os encargos da vida familiar, tal como os definimos, e a contribuição realizada fora desse âmbito será tratada ao abrigo de outras normas. Haverá casos que se subsumem às normas relativas às compensações ou valerá autonomamente, como a nossa jurisprudência tem entendido<sup>667</sup>, o instituto genérico do enriquecimento sem causa (artigos 473.º e ss. do Código Civil). Na verdade, teríamos de os entender como o “negativo” dos “prejuízos patrimoniais importantes” mencionados na norma do crédito compensatório.

---

<sup>662</sup> João de Matos Antunes Varela, *Das Obrigações em Geral*, 477 e 478.

<sup>663</sup> Sobre o novo conceito de património, ver *infra*.

<sup>664</sup> Veja-se, neste sentido, João de Matos Antunes Varela, *Das Obrigações em Geral*, 479 e 480. Só assim não será segundo uma posição tributária da “teoria unitária da deslocação patrimonial”. Ver, entre nós, Inocêncio Galvão Telles, *Direito das Obrigações*, 183.

<sup>665</sup> João de Matos Antunes Varela, *Das Obrigações em Geral*, 481.

<sup>666</sup> Pode ser medida objectivamente (enriquecimento real) ou na projecção concreta na situação do beneficiário (enriquecimento patrimonial), ou seja, pela diferença entre a situação em que se encontra (situação real) e em que estaria não fosse tal deslocação patrimonial (situação hipotética).

<sup>667</sup> Veja-se, a título de exemplo, os Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça de 29.04.2014 (Gregório Silva Jesus) (proc. 1071/10.7TBABT.E1.S1) ([www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)) e de 8.06.1993, *Colectânea de Jurisprudência*, 193-2-142.

## b.2 Ausência de causa justificativa

Em segundo lugar, este enriquecimento tem de carecer de causa justificativa. Aquilo que constitui a ausência de causa justificativa é objecto de controvérsia e é particularmente difícil de determinar no contexto do casamento. Para RIBEIRO DE FARIA, estamos perante um conceito relativamente ao qual a lei deixou o preenchimento para a doutrina e a jurisprudência<sup>668</sup>. Já MENEZES CORDEIRO considera que não há causa justificativa quando não advenha de nenhuma fonte ou de fonte válida e ainda quando, não obstante, o direito não permita a sua retenção<sup>669</sup>. Para MENEZES CORDEIRO, será no seio de cada sector jurídico que determinaremos, face à concreta situação, se existe *uma legitimação*, o que compreende tanto a ausência inicial de causa, como a sua posterior supressão. Teremos, portanto, de averiguar qual é, no contexto do casamento, essa eventual legitimação.

Ora, no casamento, encontramos como causa para as contribuições de um cônjuge para o quotidiano da vida familiar, que terão conduzido ao enriquecimento, os deveres conjugais de assistência e mesmo de cooperação, como vimos. Todavia, o crédito compensatório do artigo 1676.º, n.º 2, só é invocável quando, mais do que se ultrapassar o que é devido, passamos para o campo do “consideravelmente superior” ao exigido pela lei. Aqui, deixa de existir a mencionada causa. E, não havendo causa, segundo a *ordenação substancial aprovada pelo Direito*, o benefício deve pertencer a outrem<sup>670</sup>, ao cônjuge que sobre-contribuiu.

É certo que, por regra, e é deste pressuposto que parte o instituto, as deslocações e a obtenção de outras vantagens patrimoniais têm uma causa. Daí que se entenda que quem pretenda fazer-se valer do instituto do enriquecimento sem causa tem de fazer a prova dos seus requisitos<sup>671</sup>, e portanto, também da ausência de causa.

Assim – e continuando este exercício de iluminar a interpretação do artigo 1676.º, n.º 2, pela lógica do enriquecimento sem causa –, seria ao cônjuge

---

<sup>668</sup> Jorge Leite Areias Ribeiro de Faria, *Direito das Obrigações*, 386 e 387.

<sup>669</sup> Menezes Cordeiro, *Tratado*, 237.

<sup>670</sup> O enriquecimento é injusto quando, segundo a própria lei, deve pertencer a outrem. Tal não acontecerá se o enriquecimento originado estiver de harmonia com a “correcta ordenação jurídica dos bens aceita pelo sistema”. V. Pires de Lima; Antunes Varela, *Código Civil Anotado*, vol. I, 455 e 456; João de Matos Antunes Varela, *Das Obrigações em Geral*, 324 e 325, e também Francisco Manuel Pereira Coelho, *O enriquecimento e o dano*, p. 336.

<sup>671</sup> Pires de Lima; Antunes Varela, *Código Civil Anotado*, vol. I, 456, e também já em Cunha Gonçalves, *Tratado de Direito Civil*, vol. IV, 743.

requerente do crédito compensatório que caberia fazer a prova dos factos demonstrativos da falta de causa (bem como, aliás, dos restantes pressupostos) daquilo em que o seu consorte se enriqueceu.

Isto parecia já resultar das regras gerais da prova (artigo 342.º do Código Civil) relativamente aos factos constitutivos do direito previsto no artigo 1676.º, n.º 2. Na verdade, quem invoca o direito tem de provar os pressupostos. Assim, seria necessário fazer prova de que a contribuição efectuada era “consideravelmente superior” ao exigido pelo dever de contribuir para os encargos da vida familiar. Dado que identificámos a ausência de causa com a falta de cobertura destes *apports* pelas obrigações dos cônjuges naquela medida excessiva, também por esta via chegaríamos ao ónus da prova do requerente.

No entanto, seria possível encontrar a causa para tais contribuições conducente ao enriquecimento também noutra sede, afastando assim a obrigação de restituir. E, de facto, um dos obstáculos à restituição de benefícios no âmbito do casamento – e tal ideia imperou ou impera em diferentes contextos jurídicos<sup>672</sup> – é o entendimento de que as contribuições, ou pelo menos aquelas que assumem a natureza de serviços, quando prestadas no contexto de relações familiares ou de proximidade, mormente durante o casamento, configuram o cumprimento de obrigações naturais ou assumem a natureza de liberalidades<sup>673</sup>.

Não pretendemos aqui negar que um cônjuge assumia estes comportamentos movido por um sentido de obrigação moral ou social<sup>674</sup>, apesar de não ser juridicamente exigível, ou que o faça com espírito de liberalidade. No entanto, não podemos deixar de extrair consequências da alteração legislativa operada com a Lei de 2008. Na verdade, eliminou-se a presunção de renúncia a uma compensação (qualquer que seja a natureza que lhe atribuamos), o que, no nosso entendimento, representa um juízo do legislador sobre a normalidade da vida conjugal. Na verdade, se a “lógica do casamento” faz com que cônjuges nem sempre considerem os retornos a longo prazo, nem conscientemente pautem a sua actuação por

---

<sup>672</sup> No contexto anglo-saxónico, os precedentes mais antigos consideram que todos os serviços dentro do casamento são gratuitos. Rebecca Probert, *Cretney and Probert's Family Law*, 110 e 111.

<sup>673</sup> Cf. Cap. I, A.

<sup>674</sup> Sobre o significado que a obrigação moral e social tem na construção do conceito de obrigação natural, para Galvão Telles, esta tem de corresponder a um “dever de justiça”, “um dever que à face das concepções dominantes se justificaria pudesse ser judicialmente reclamado se não fora uma razão particular que leva a excluir a possibilidade de realização coactiva”. Inocêncio Galvão Telles, *Direito das Obrigações*, 49. Antunes Varela caracteriza as obrigações naturais como “deveres morais ou sociais juridicamente relevantes”. João de Matos Antunes Varela, *Das Obrigações em Geral*, 739.

verdadeiros critérios de reciprocidade, não podemos afastar a consonância da ideia de justiça correctiva (que a eliminação da presunção de renúncia à compensação, aliás, exprime) com as *ideias de comportamento normativo* que prevalecem no casamento<sup>675</sup>.

Assim, provando-se que a contribuição extravasa significativamente o cumprimento dos deveres conjugais, estabelecer-se-ia, neste domínio, e, por princípio, a causa de pedir, sem prejuízo de o requerido ter a possibilidade, e o correspondente ónus probatório, de invocar excepção de direito material (abuso do direito, renúncia posterior, etc.). O estabelecimento da causa de pedir assentará, neste caso, em boa medida, em presunções (judiciais) ancoradas numa ideia de normalidade das relações, sendo que certo que, neste plano, qualquer quadro fáctico que sustente a existência de uma causa e que configure um “rompimento com a normalidade” tem de ser demonstrado por quem o invoca<sup>676</sup>. Assim, não podemos partir de pré-compreensões que afastem o funcionamento do crédito, sob pena de subverter a intenção do legislador.

### b.3 À custa do outro cônjuge

Por fim, o enriquecimento teve de se dar *à custa* do outro cônjuge.

Isto significa que tem de se estabelecer uma correlação entre a vantagem obtida por um e o sacrifício sofrido pelo outro<sup>677,678</sup>. É certo que nem sempre teremos um empobrecimento correlativo. Do lado do sacrificado, podemos ter um empobrecimento, ou simplesmente o caso em que o beneficiado obtém uma vantagem através de meios daquele, que será a hipótese mais calhada para uma leitura do crédito compensatório<sup>679,680</sup>.

---

<sup>675</sup> Tone Sverdrup, *Compensating Gain and Loss in Marriage*, 488.

<sup>676</sup> Cf. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 31-03-2009 (proc.º 09B652) (João Bernardo) ([www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)).

<sup>677</sup> A relação causal entre o empobrecimento de um e o enriquecimento do outro é, segundo Katherine Spaht, um dos principais obstáculos à doutrina da “restitution”, fundada no enriquecimento sem causa. Katherine S. Spaht, *Post-modern marriage*, 257 e 258.

<sup>678</sup> João de Matos Antunes Varela, *Das Obrigações em Geral*, 493.

<sup>679</sup> João de Matos Antunes Varela, *Das Obrigações em Geral*, 493.

<sup>680</sup> Importante será que exista uma “única valoração” que sustente aquele juízo de enriquecimento entre aqueles sujeitos. A. Menezes Cordeiro, *Tratado*, 233 ss.

Na determinação do benefício havido *à custa* do outro cônjuge, há que ter em conta outros factores que sejam exteriores à contribuição deste e tenham concorrido para o resultado final. É assim que deve ser perspectivado o aumento da capacidade de ganho de um cônjuge, que resulta também, numa medida mais ou menos significativa, das suas qualidades pessoais<sup>681</sup>.

Assim, ao determinar a medida da restituição, há que ponderar não só o benefício havido mas também *que parte* desse benefício se obteve a expensas do outro cônjuge, num aceno à *teoria do duplo limite*<sup>682</sup>.

c. Teorias da *restitution* (ou teorias do ganho)

A perspectiva da restituição pode tomar outras vestes, ainda próximas do enriquecimento sem causa, mas menos apegadas aos seus clássicos pressupostos. BRINIG e CARBONE pretendem que a *restitution* responda à desigual divisão de custos e benefícios ao tempo do divórcio<sup>683</sup>. No seu entendimento, a *restitution* só exige que haja um benefício apreendido por um dos cônjuges. E a determinação de que o enriquecimento é *injusto*, para CARBONE, não é mais do que a conclusão de que a parte que obteve o benefício deve contribuir na medida do custo necessário para o obter<sup>684</sup>.

Estas posições que advogam a separação dos custos e benefícios dirigem-se, no espectro da restituição, para o chamado *income sharing*, que se traduz em diferentes modelos.

Para SINGER, o casamento envolve uma série de investimentos em *career assets* (na terminologia de WEITZMAN)<sup>685</sup>. Na maior parte dos casos, argumenta SINGER, as mulheres sacrificam o seu “potencial de ganho” em favor do marido, o que diminui o seu rendimento face à hipótese de não se ter casado. Por isso, a Autora parte da ideia de que o rendimento pós-divórcio é não só produto do esforço

<sup>681</sup> Joan M. Krauskopf, *Theories of Property Division*, 260 e 261. Sobre a consideração da capacidade de ganho como património, KRAUSKOPF nota que o problema mais sério de determinar qual a percentagem da capacidade de ganho que é atribuível à contribuição do cônjuge e qual resulta das suas capacidades pessoais.

<sup>682</sup> João de Matos Antunes Varela, *Das Obrigações em Geral*, 512. Menezes Cordeiro, p. 246 e 248.

<sup>683</sup> Margaret F. Brinig; June Carbone, *Rethinking Marriage*, 960.

<sup>684</sup> June Carbone, *Economics, Feminism*, 1476 e 1477. Joan M. Krauskopf, *Comments on Income Sharing*, 418.

<sup>685</sup> Jana B. Singer, *Divorce Reform*, 1115.



individual, mas de uma definição conjunta e advoga, conseqüentemente, a divisão igual do rendimento por um período determinado em função da duração do casamento, já que considera que a comunidade de interesses económicos continua após o divórcio<sup>686,687</sup>. No modelo do *marriage buyout* proposto por STARNES, a Autora traça a fronteira entre dissolução do casamento e “fim do casamento” e defende a implementação de um mecanismo de repartição dos proventos à semelhança das sociedades<sup>688</sup>. Na verdade, argumenta, apesar de o divórcio poder ser dissolvido sem sanções associadas, tal não significa que não haja um preço a pagar, que identifica com a figura do *buyout* do direito das sociedades, uma vez que os cônjuges são considerados *stakeholders* nos activos produzidos pelo casamento<sup>689</sup>.

Estas propostas apontam para uma configuração do benefício ainda mais alargada, estendida ao *expected profit*, que permite comungar de ganhos acrescidos e adquirir, a título compensatório, uma quota no rendimento futuro do outro cônjuge. Na proposta de KRAUSKOPF, a expectativa do retorno do investimento é satisfeita por um pagamento baseado no montante dos ganhos capitalizados atribuíveis à educação adicional de um cônjuge suportada pelo outro e na proporção do investimento deste<sup>690</sup>. LANDES caracteriza as contribuições feitas pela mulher para a esfera doméstica como libertadoras de tempo do outro cônjuge para este dedicar ao mercado<sup>691</sup>, o que, na sua visão, converte a capacidade de ganho acrescida num *marriage-specific capital*<sup>692</sup>.

Tais concepções alargadas da *restitution* são, todavia, objecto de críticas de vários quadrantes.

O entendimento amplo do valor da restituição enfrenta um relevante obstáculo – a titularidade individual dos rendimentos de quem os auferir, segundo WILLIAMS<sup>693</sup>, transforma o rendimento familiar em propriedade individual, após o

---

<sup>686</sup> Jana B. Singer, *Divorce Reform*, 1117.

<sup>687</sup> Encontramos versões mais radicais deste pensamento na proposta de RUTHERFORD, que defende que se assegurem sempre iguais rendimentos *per capita* aos cônjuges, como forma de parificar os custos do divórcio. Jane Rutherford; Barbara Tishler, *Equalizing the Cost of Divorce*, 512 e ss.

<sup>688</sup> *Marital partnership model* foi proposto por STARNES. Cynthia Starnes, *Divorce and Displaced Homemaker*, 67-140.

<sup>689</sup> Cynthia Lee Starnes, *The Marriage Buyout*, 149 e ss., especialmente 150 e 167.

<sup>690</sup> Joan M. Krauskopf, *Recompense for financing*, 417.

<sup>691</sup> Elisabeth M. Landes, *The Economics of Alimony*, 40.

<sup>692</sup> Elisabeth M. Landes, *The Economics of Alimony*, 45.

<sup>693</sup> A este respeito, veja-se Joan Williams, *Is Coverture Dead?*. Note-se que, para WILLIAMS, a imagem idealizada da “ecologia familiar dominante” assenta no trabalhador ideal e no cuidador marginalizado, a trabalhar juntos para sustentar

divórcio. Na verdade, é dominante a percepção de que o rendimento futuro está ligado à autonomia pessoal e às características pessoais de quem o auferir e, portanto, não existe título que justifique um direito do ex-cônjuge<sup>694</sup>. No contexto europeu, é mais difícil ainda encontrar receptividade para a participação na capacidade de ganho em caso de divórcio. As pretensões ao rendimento futuro corporizam-se na forma de pagamentos compensatórios ou de alimentos<sup>695</sup>, mas não se traduzem numa verdadeira *comunhão* do nível de vida acrescido. Por outro lado, o discurso da análise económica vê na divisão de rendimentos futuros uma solução causadora de distorções, desincentivando os ex-cônjuges de procurar melhores oportunidades de carreira, uma vez que aquilo que ganhem a mais será repartido com o seu anterior consorte<sup>696</sup>.

Para além disso, as teorias da *restitution* assentam na base do casamento como *partnership*, que, aliás, foi sufragada no contexto norte-americano pelo UMDA<sup>697</sup>. Ora, não obstante o apelo do ideal e da linguagem da *partnership* para fundar e explicar obrigações de natureza económica entre ex-cônjuges, esta analogia tem de ser utilizada de forma muito controlada.

É verdade que, entre nós, o termo “sociedade” está longe de ser estranho ao casamento. A expressão “sociedade conjugal” é amiúde utilizada para traduzir esta realidade jurídica e as teses societárias são objecto de discussão no panorama jurídico continental. No entanto, esta figura é convocada, sobretudo, a propósito da natureza da comunhão conjugal<sup>698</sup>. Ora, apesar do fôlego inicial que CUNHA GONÇALVES concedeu à doutrina da sociedade conjugal, para quem a sociedade com

---

a família. Joan Williams, *Is Coverture Dead?*, especialmente 2236 a 2248. Tal traduz, segundo STARNES, o tipo de trabalho em equipa e de expectativa relativamente aos rendimentos do trabalho conjunto que está ligada às teorias da restituição, ou, na linguagem de STARNES, “*theories of gain*”. Cynthia Lee Starnes, *The Marriage Buyout*, 141.

<sup>694</sup> Sverdrup, *Compensating Gain and Loss*, 480. É esta convicção que leva o ALI a colocar limites aos pagamentos a conceder, independentemente do seu fundamento. Na verdade, argumenta que estes não podem colocar o devedor numa posição menos favorável, em virtude do primado do direito individual sobre os frutos do próprio trabalho, que deve limitar a responsabilidade individual face ao outro cônjuge. ALI, *Principles of the Law*, 793.

<sup>695</sup> Tone Sverdrup, *Compensating Gain and Loss*, 480. O cerne da questão no sentido da partilha assenta no facto de os cônjuges não se poderem dedicar inteiramente à carreira por considerarem os filhos pelo que a escolha de um dos cônjuges de renunciar parcialmente à carreira não deve ser um risco corrido só por este.

<sup>696</sup> Allen M. Parkman, *The ALI Principles and Marital Equality*, 165.

<sup>697</sup> O UMDA, aprovado em 1970 pela *National Conference of Commissioners on Uniform State Laws*, definiu o casamento como “relação pessoal entre um homem e uma mulher que resulta de um contrato para o qual o consentimento das partes é essencial” (§ 201), mas no relatório faz-se referência à aplicação do modelo da *partnership* ao casamento. Cynthia Lee Starnes, *The Marriage Buyout*, 135 e 136. Este modelo de *partnership* assenta em duas ideias: o direito de dissolver a *partnership* “*at will*”; e a subsequente “*liquidation of partnership assets*”. Cynthia Lee Starnes, *Mothers as Suckers*.

<sup>698</sup> Lacruz Berdejo, *Elementos*, 166 e 167, que defende a aplicação das regras do contrato de sociedade à *sociedad de gananciales* e expõe a analogia com a própria sociedade.

as suas características próprias seria a única figura capaz de explicar os regimes matrimoniais, em particular a comunhão<sup>699</sup>, e de outras posições que, reportando-se ainda ao regime da comunhão conjugal, a retratam como “sujeito de direito distinto dos dois cônjuges”<sup>700</sup>, a tese da personificação é objecto de contestação alargada<sup>701,702</sup>.

Para além disso, para afastar a figura, é decisivo o facto de faltar a *affectio societatis*, porque não se pode pretender que o casamento se oriente por um escopo lucrativo. É certo que no casamento há partilha de recursos, e, nessa perspectiva, pode considerar-se *profit-sharing*, mas é estranho à sua natureza que seja *profit-seeking*<sup>703</sup>. E, ao contrário da sociedade, a comunhão conjugal não pressupõe uma afectação patrimonial inicial, sendo os bens levados para o casamento excluídos dela, e não existe um passivo estritamente comum<sup>704</sup>. Para além disso, ao invés do regime das sociedades, um regime convencional e livremente modificável, a comunhão está sujeita a um regime com forte pendor imperativo e encontra-se cristalizada pelo princípio da imutabilidade. Os cônjuges não podem dispor da sua posição, como os sócios o fariam, e a sua morte conduz à dissolução da comunhão, o que não tem de acontecer no contexto da sociedade<sup>705</sup>. Por fim, ao contrário do que acontece na sociedade, a divisão do património por metade na comunhão não tem de corresponder ao efectivo esforço dos cônjuges para a sua construção<sup>706</sup>. Haverá, assim, dificuldade em qualificar o casamento (e até a própria comunhão conjugal)

<sup>699</sup> Luiz da Cunha Gonçalves, *Direitos de Família e Direitos das Sucessões*, 121, e Luiz da Cunha Gonçalves, *Tratado de Direito Civil*, vol. VI, 334.

<sup>700</sup> Para uma síntese das posições na doutrina italiana, v. Andrea Fusaro, *Il regime patrimoniale della famiglia*, especialmente 218. No sentido da personalidade jurídica da família, em termos mais amplos, portanto, ver R. Savatier, *Une personne morale méconnue*, 49 a 52, que defende a titularidade de direitos por parte da família e determina os órgãos capazes de a representar.

<sup>701</sup> Entre nós, veja-se F. M. Pereira Coelho; Guilherme de Oliveira, *Curso*, a afastarem a tese da personalidade jurídica da família. Sobre a discussão em França acerca da comunhão como derivada da sociedade civil, que a maioria da doutrina afasta, apesar de contar com defensores de peso, como Carbonnier, v. François Terré; Philippe Simler, *Les régimes matrimoniaux*, 200 e 201.

<sup>702</sup> Há, todavia, figuras societárias, que funcionam em estreita ligação com a família e o casamento, mas que não se confundem com estes, que são utilizadas como “esquemas de restituição”. Veja-se o papel que pode ser desempenhado pela *impresa familiare*, no âmbito do art. 230bis CC italiano, através do *mantenimento di impresa*, ou a figura da *Ehegatteninnengesellschaft*, que permite o reequilíbrio patrimonial na ausência do funcionamento para esse efeito da *Zugewinnausgleich*, V. BGH (Ausgleichsanspruch bei Ehegatteninnengesellschaft neben Anspruch auf Zugewinnausgleich) Urt. v. 28.09.2005, XII ZR 189/02 (OLG München), *Neue Juristische Wochenschrift* 18/2006, 1268.

<sup>703</sup> Ira M. Ellman, *The Theory of Alimony*, 33. Lacruz Berdejo reconhece a ausência da *affectio societatis*, mas, para fundar a analogia com esta figura alega que existe uma colaboração entre os cônjuges que, ao proporcionar benefício e aforro a cada um, resultante da divisão do trabalho, “apresenta um evidente matiz associativo”. Lacruz Berdejo, *Elementos*, p. 167.

<sup>704</sup> François Terré; Philippe Simler, *Les régimes matrimoniaux*, 201.

<sup>705</sup> Sobre esta caracterização, ver Adriano Paiva, *A Comunhão de Adquiridos*, 142 e 143.

<sup>706</sup> Esperança Pereira Mealha, *Acordos Conjugais para Partilha dos Bens Comuns*, 54 e nota 121.

como uma verdadeira figura societária que possa fundar pagamentos compensatórios nos termos propostos pelas teorias da *restitution*.

#### 1.3.1.4. Conclusão quanto à matriz referencial

Pensamos que existem duas perspectivas com forte apelo, à luz do nosso sistema, para iluminar a lógica subjacente ao crédito compensatório do artigo 1676.º, n.º 2, do Código Civil – a da responsabilidade civil e a do enriquecimento sem causa.

O ponto de partida de ambas é muito próximo – nos dois casos, entende-se que um dos cônjuges sofreu as desvantagens de ter realizado sobre-contribuições e para o outro fluíram benefícios destas.

Não é difícil detectar a razão desta coincidência. Na verdade, ganho e perda podem ser configurados como *duas faces da mesma moeda*<sup>707</sup>. De facto, é a assunção do cuidado dos filhos e da gestão doméstica por um, ou a colaboração que presta na profissão do outro, ou ainda a disponibilização que faz dos seus bens, que permitem ao outro prosseguir a carreira e obter maiores rendimentos. Assim, a contribuição directa ou indirecta prestada por um cônjuge representa simultaneamente um impulso para a capacidade de ganho ou para a acumulação patrimonial do outro cônjuge e um obstáculo para o que contribuiu se dedicar à sua carreira profissional ou para incrementar o seu próprio património, o que resulta, nomeadamente, na perda de rendimento e de capacidade de ganho<sup>708</sup>.

E, de facto, enriquecimento sem causa e responsabilidade civil aproximam-se em muitos momentos. Ao nível das funções assumidas, podemos considerar que ambos têm na mira “repor um equilíbrio que se rompeu”, traduzindo, neste sentido, ideias de reparação em sentido amplo e de justiça comutativa<sup>709</sup>.

Todavia, o legislador português escolheu tratar o problema do ponto de vista da perda. Centrou-se na situação do lesado, não do beneficiado, e preferiu apoiar-se

---

<sup>707</sup> A expressão é de Tone Sverdrup, que caracteriza desta forma o “modelo de contribuição”. Tone Sverdrup, *Compensating Gain and Loss in Marriage*, 482 e 483.

<sup>708</sup> Tone Sverdrup, *Compensating Gain and Loss in Marriage*, 482.

<sup>709</sup> Quem o diz é Júlio Manuel Vieira Gomes, *O conceito de enriquecimento*, 249 e 250.

no passado e na forma como se desenrolou o casamento, em vez de se focar no futuro e nos benefícios que sobreviveram ao divórcio<sup>710</sup>. Na verdade, não está em causa eliminar o enriquecimento, mas ressarcir o dano<sup>711,712</sup>.

É certo que, apesar da opção pelo prisma da responsabilidade civil se centrar nas consequências para o lesado, a *ratio* para reclamar ao outro cônjuge o ressarcimento destes danos situa-se, em última análise, se bem o entendemos, no facto de se pressupor que este beneficiou do esquema de repartição das responsabilidades familiares daquele casamento concreto, respondendo, portanto, pelo risco criado por tal desenho familiar. No entanto, a análise deste benefício não entra na equação. Ainda assim, aliás, como GOMES nota – mas afasta – o enriquecimento sem causa é por vezes aparentado à responsabilidade pelo risco<sup>713</sup>.

Assim, parece-nos que a fronteira desta opção legislativa não se encontra muito apartada do tratamento do problema do ponto de vista do enriquecimento sem causa, não obstante não existir uma perfeita identificação. Como ensina KRAUSKOPF, o propósito de regular as consequências do divórcio é assegurar que, no fim do casamento, nenhuma parte sofra demasiado enquanto a outra ganhou com aquela experiência<sup>714</sup> e, para o concretizar, o legislador pode optar por diferentes vias. Em última análise, encontramos-nos perante um caso de escolha político-legal, porque não há verdadeiramente uma resposta única<sup>715</sup>.

A dificuldade em determinar a exacta resposta é testemunhada pelos desenvolvimentos recentes no âmbito do debate relativo à compensação por trabalho doméstico da lei espanhola<sup>716</sup>. Esta esteve durante anos associada pela

---

<sup>710</sup> Fosse o âmbito das contribuições subjacentes ao nosso crédito compensatório mais limitado e poderíamos aderir, mais do que parcialmente às conclusões de KRAUSKOPF, para quem há duas perspectivas para considerar o papel do cuidador: a do “capital humano” (objecto da atenção do ALI) e a do “*income sharing*”, advogada por Carbone. Joan M. Krauskopf, *Comments on Income Sharing*, 424.

<sup>711</sup> Sobre o confronto entre enriquecimento sem causa e responsabilidade civil, v. Menezes Cordeiro, *Tratado*, p. 219 e 220.

<sup>712</sup> É certo que também se pode falar em “dano” por referência à ideia de empobrecimento sem que haja confusão com a responsabilidade civil. Francisco Manuel Pereira Coelho, *O enriquecimento e o dano*, p. 358 ss. e Menezes Cordeiro, *Tratado*, 227. Júlio Gomes, aliás, chega a dispensar a existência de “dano” no enriquecimento sem causa. Júlio Manuel Vieira Gomes, *O conceito de enriquecimento*, 392 e ss.

<sup>713</sup> Júlio Manuel Vieira Gomes, *O conceito de enriquecimento*, 855.

<sup>714</sup> Joan M. Krauskopf, *Theories of Property Division*, 256.

<sup>715</sup> Tone Sverdrup, *Compensating Gain and Loss in Marriage*, 483.

<sup>716</sup> Note-se que, além do mecanismo do artigo 1438 do Código Civil espanhol, existem as figuras previstas no Código Civil Catalunha (art. 232-5.1- 1. “En el régimen de separación de bienes, si un cónyuge ha trabajado para la casa sustancialmente más que el otro, tiene derecho a una compensación económica por esta dedicación siempre y cuando en el momento de la extinción del régimen por separación, divorcio, nulidad o muerte de uno de los cónyuges o, en su caso, del cese efectivo de la convivencia, el otro haya obtenido un incremento patrimonial superior de acuerdo con lo

doutrina e pela jurisprudência ao enriquecimento sem causa<sup>717</sup>, mas recentemente operou-se uma mudança no entendimento da sua natureza<sup>718</sup>. De facto, relativamente à necessidade da existência de um incremento patrimonial para o cônjuge devedor, desenhavam-se duas linhas de interpretação: uma, denominada objectiva, que exigia apenas a dedicação às tarefas domésticas e a perda de expectativas laborais e profissionais daí derivada; e outra que exigia a verificação de um enriquecimento do património do outro cônjuge<sup>719</sup>. Recentemente, a sentença do Tribunal Supremo de 2011 veio estabelecer a “doutrina jurisprudencial”, segundo a qual o direito a obter compensação pela contribuição com trabalho doméstico para as *cargas* do casamento no regime da separação de bens requer que se haja acordado este regime e que se tenha contribuído só com o trabalho doméstico, dispensando a produção de um incremento patrimonial para o outro cônjuge<sup>720</sup>. O Tribunal Supremo, nas palavras da relatora ENCARNACIÓN ROCA TRIAS, sublinha que as normas analisadas não fazem qualquer referência à necessidade de enriquecimento por parte do cônjuge devedor<sup>721</sup>. Não podemos deixar de chegar à mesma conclusão

---

establecido por la presente sección”) e no artigo 13.2 da Lei da Comunidade Autónoma de Valência 10/2007 (*Régimen Económico Matrimonial Valenciano*), de 20 de Março (“La consideración de los servicios previstos en este artículo como colaboración para el levantamiento de las cargas del matrimonio determina la obligación de compensarlos al tiempo de la disolución del régimen económico matrimonial, atendiendo a los criterios de valoración señalados en el apartado anterior”). Foram do início considerados “correctivos” aos efeitos perversos do regime de separação de bens – situação no contexto da qual se prevêem as figuras - e, por vezes, identificados pela jurisprudência com as consequências da dissolução patrimonial. Beatriz Añoveros Terradas, *Compensación económica por razón de trabajo y pensión compensatoria*, 8 e 9. Note-se que em Navarra, bem como Aragão e Baleares, apesar de regulado o regime da separação de bens, não se prevê nenhum expediente de compensação por trabalho doméstico.

<sup>717</sup> Isabel Miralles González, *La compensación económica por razón de trabajo en el Libro segundo del Código Civil de Cataluña*, 5, e Beatriz Añoveros Terradas, *Compensación económica por razón de trabajo y pensión compensatoria*. Acrescente-se que a jurisprudência da Catalunha exigia a comparação dos patrimónios dos cônjuges pois a sua finalidade seria reequilibrá-los, dado que “nada motiva que, en palabras llanas, uno quede rico y la otra reste pobre.” – Cf. Sentença do Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Secc. 1ª., 27.4.2000 [RJ 2000/4125; MP: Guillermo Vidal Andreu, p. 6.

<sup>718</sup> No que diz respeito à figura catalã, há que ter em conta que em 2010, a Lei 25/2010, de 29 de Julho aprovou o Livro segundo do *Codi civil* da Catalunha e que nesta sede abandonou qualquer referência como remédio substitutivo do “enriquecimento injusto” e prescindiu da ideia de sobre-contribuição, anteriormente exigida pelo artigo 41 do *Codi de família*, centrando-se no desequilíbrio produzido nas economias dos cônjuges pela dedicação ao trabalho doméstico. Isabel Miralles González, *La compensación económica por razón de trabajo en el Libro segundo del Código Civil de Cataluña*, 8, n. 8.

<sup>719</sup> Sentença do Tribunal Supremo. Sala de lo Civil. STS 4874/2011, Nº de Recurso: 1691/2008. Nº de Resolución: 534/2011. Ponente: Encarnación Roca Trias, p. 5.

<sup>720</sup> Sentença do Tribunal Supremo. Sala de lo Civil. STS 4874/2011, Nº de Recurso: 1691/2008. Nº de Resolución: 534/2011. Ponente: Encarnación Roca Trias, p. 7. Esta posição foi recentemente reiterada pelo Tribunal Supremo, em decisões de 31 de Janeiro de 2014, de 26 de Março de 2015 e, mais recentemente de 14 de Abril de 2015. Sentença do Tribunal Supremo. Sala de lo Civil. Sección: 991, Nº de Recurso: 2609/2013 Nº de Resolución: 136/2015. Ponente: Jose Antonio Seijas Quintana, *Diario del Derecho*, lustel, 16/09/2015 p. 5.

<sup>721</sup> Sentença do Tribunal Supremo. Sala de lo Civil. STS 4874/2011, Nº de Recurso: 1691/2008. Nº de Resolución: 534/2011. Ponente: Encarnación Roca Trias, p. 6.

relativamente à figura portuguesa, que também não faz qualquer exigência de um incremento patrimonial em benefício do requerido<sup>722</sup>.

Percebe-se a proximidade das perspectivas e a indecisão. Na verdade, de um lado, temos a reparação de um dano, e de outro, a de um enriquecimento, o que, em princípio, criaria uma certa *simetria* de resultados<sup>723</sup>. Na verdade, como nota PEREIRA COELHO, a função genérica dos dois institutos é operar uma *redistribuição de riqueza*, segundo exigências de *justiça*<sup>724</sup>. No entanto, não é indiferente a opção por uma ou outra solução<sup>725</sup>. É que, embora ganho e perda sejam duas faces da mesma moeda, nem sempre têm a mesma extensão<sup>726</sup>. Pense-se no diferente significado final que pode ter beneficiar do património ou da capacidade de ganho acrescida de um (o beneficiado) ou compensar a capacidade de ganho perdida do outro (o lesado)<sup>727</sup>.

O caminho da responsabilidade civil permite que o crédito compensatório venha a ser concedido ao cônjuge requerente sem que este se sujeite ao risco de o seu consorte não ter efectivamente obtido uma valorização patrimonial à custa da sua contribuição<sup>728</sup>. Tal opção afasta-o, no entanto, da possibilidade de participar dos incrementos que se deram na esfera do outro cônjuge, possibilitados pelos seus esforços contributivos.

Não está posta de parte, todavia, a possibilidade de o instituto do enriquecimento sem causa operar autonomamente naquilo que não fique a coberto do instituto do crédito compensatório<sup>729</sup>. A tal não obsta a regra do carácter

<sup>722</sup> Nem aliás, qualquer referência ao regime de bens que vigora no casamento porque a compensação do artigo 1676.º, n.º 2, é transversal a todos os regimes de bens.

<sup>723</sup> É GOMES quem formula a relação nestes termos. Júlio Manuel Vieira Gomes, *O conceito de enriquecimento*, 250.

<sup>724</sup> Francisco Manuel Pereira Coelho, *O enriquecimento e o dano*, p. 332.

<sup>725</sup> GOMES recusa a construção que configura “o enriquecimento sem causa uma forma mitigada de responsabilidade” e que, deste modo, acaba por ver na obrigação de restituir “a obrigação de indemnizar o dano (o empobrecimento) sofrido por outrem, até ao limite do enriquecimento obtido pelo agente graças à sua conduta danosa”. Júlio Manuel Vieira Gomes, *O conceito de enriquecimento*, 855.

<sup>726</sup> João de Matos Antunes Varela, *Das Obrigações em Geral*, 503.

<sup>727</sup> Tone Sverdrup sustenta que, fora algumas famílias de maiores recursos, estas duas perspectivas levarão a resultados similares. Tone Sverdrup, *Compensating Gain and Loss in Marriage*, 483.

<sup>728</sup> Por exemplo, quando sustentou o outro cônjuge durante o curso que aquele nunca terminou ou enquanto escrevia o romance que nunca chegou a ser publicado.

<sup>729</sup> No ordenamento jurídico francês, no qual se prevê a figura da *prestation compensatoire*, a jurisprudência tem encontrado lugar para, com base no enriquecimento sem causa, para responder à colaboração na actividade profissional do cônjuge que extravase a obrigação de contribuir para as *charges du ménage*. Catherine Philippe, *Le devoir de secours et d'assistance entre époux*, 77 e ss., especialmente p. 83. Entende-se que a concessão da *prestation compensatoire* não exclui a *actio de in rem verso*, salvo se os factos que fundam esta acção já tiverem sido tidos em conta naquela sede, o que, segundo MALAURIE e FULCHIRON, é a hipótese mais provável. Malaurie, Fulchiron, *Droit de la famille*, p. 692.

subsidiário do enriquecimento sem causa (art. 474.º do Código Civil)<sup>730</sup>. Na verdade, embora se pretenda que a acção de enriquecimento sem causa seja *o último recurso* ao dispor do empobrecido<sup>731</sup>, haverá situações em que a pretensão à restituição do enriquecimento sem causa pode ter interesse especial para o lesado. A Doutrina decanta estas possibilidades no confronto com o instituto da responsabilidade civil, mas podemos perguntar-nos se, face ao crédito compensatório, não se justificará admitir recurso à acção de enriquecimento se aquele direito prescreveu.

### 1.3.2. Carácter patrimonial dos prejuízos. Dimensão dos prejuízos.

O crédito emergente do artigo 1676.º, n.º 2, dirige-se a compensar<sup>732</sup> apenas prejuízos de natureza patrimonial. Tivemos esta ideia presente ao longo da nossa análise, mas entendemos que lhe devemos dedicar mais algumas palavras.

Afastar os danos não patrimoniais é uma opção comum às figuras que, de uma forma ou de outra, se reconduzem à categoria de “pagamentos compensatórios”. Pense-se na *compensación* espanhola ou na *prestation compensatoire* francesa, que visam o reequilíbrio patrimonial. Ou atente-se na compensação por trabalho doméstico que procura a compensação de um prejuízo patrimonial. Foi também a opção do ALI no desenho dos seus *compensatory payments*.

Tal opção enfrenta as críticas formuladas por SILBAUGH, sob a égide da impressionante ideia “*money as emotion*”, de que qualquer tentativa de separar questões financeiras e não financeiras no casamento é artificial, porque na maior parte dos casamentos estas questões são negociadas entre si e a vertente patrimonial da relação entre os cônjuges é muitas vezes uma forma de expressar as emoções<sup>733</sup>.

---

<sup>730</sup> Esta regra é contestada, aliás. Veja-se MENEZES CORDEIRO, que critica a subsidiariedade por considerá-la contrária ao espírito geral de autonomia e liberdade do Direito Civil, pelo que propõe a interpretação restritiva desta regra. Menezes Cordeiro, Tratado, p. 251.

<sup>731</sup> Menezes Leitão, *O Enriquecimento sem Causa*, 16.

<sup>732</sup> Não se usa aqui, portanto, a expressão “compensar” ou “compensação” associada aos danos não patrimoniais, ou seja, como oposta à reintegração por equivalente. Na verdade, estamos perante “prejuízos” de natureza patrimonial, logo objecto da restituição por equivalente. Carlos Alberto da Mota Pinto, *Teoria Geral*, 129.

<sup>733</sup> Katherine B. Silbaugh, *Money as emotion*, 234.



Para SILBAUGH, a relação entre questões financeiras e não financeiras é, precisamente, “a característica definidora do casamento”<sup>734</sup>.

O afastamento dos danos não patrimoniais não pode hoje escudar-se na ideia de que estes não são mensuráveis. Aliás, o nosso Código Civil adopta uma cláusula geral de ressarcibilidade destes danos no artigo 496.º, n.º 1<sup>735</sup>. Assim, e não obstante a insusceptibilidade de avaliação pecuniária destes danos<sup>736</sup>, a lei elabora um *constructo*<sup>737</sup>, um processo artificial de medição dos danos, aceitando esta ficção por ser preferível a simplesmente não os reconhecer<sup>738</sup>.

Poder-se-á, todavia, argumentar que a avaliação do dano não patrimonial no âmbito do direito geral da responsabilidade civil e no contexto do direito da família assume contornos diversos. O ALI remete para os estudos de Ellman para justificar a sua relutância em cobrir este tipo de danos com os seus *compensatory payments*<sup>739</sup>. Alega-se que no casamento há grandes diferenças de perspectiva quanto ao valor de vários elementos não financeiros no casamento, devido ao pluralismo de valores na família, sendo difícil encontrar uma escala comum<sup>740</sup>.

Ainda que este argumento possa ter algum peso, o legislador português demonstrou não ser avesso ao ressarcimento de danos não patrimoniais no âmbito do direito da família quando admitiu expressamente a indemnização de tais danos causados pela dissolução do casamento – solução que consagrou primitivamente, em 1977, em benefício do cônjuge não considerado único ou principal culpado, e que entendeu manter em 2008<sup>741</sup>, embora limitando-se a impô-la ao cônjuge que tenha pedido o divórcio com o fundamento da alínea b) do artigo 1781.º<sup>742</sup>.

<sup>734</sup> Katherine B. Silbaugh, *Money as emotion*, 236.

<sup>735</sup> V. Maria Manuel Veloso, *Danos não patrimoniais*, 495 e ss., sobre o significado desta posição face ao direito anterior, do Código de Seabra.

<sup>736</sup> Porque se reportam a “valores de ordem espiritual, ideal ou moral”, cf. Mário J. Almeida Costa, *Direito das Obrigações*, 592, e Inocêncio Galvão Telles, *Direito das Obrigações*, 370.

<sup>737</sup> Maria Manuel Veloso, *Danos não patrimoniais*, 499.

<sup>738</sup> Katherine B. Silbaugh, *Money as emotion*, 240.

<sup>739</sup> ALI, *Principles of the Law*, 790, 791 e 794.

<sup>740</sup> Katherine B. Silbaugh, *Money as emotion*, 241.

<sup>741</sup> Fê-lo apesar de já antes se levantarem críticas ao reconhecimento destes danos. Note-se, no entanto, que estas se centrariam em primeira linha naqueles danos pelos quais o cônjuge único ou principal culpado responderia face ao inocente. Atente-se na posição de VELOSO, que os apresenta como desajustados face à evolução sócio-cultural. A Autora contesta que se considere o *desvalor social* que decorre da dissolução do casamento neste âmbito, porque tal implica “responder por actos de outrem, sem que se estabeleça, salvo *ex legis*, uma relação de responsabilização”. VELOSO questiona ainda se deve ser atendida a desconsideração social que se baseia em valores que são opostos aos da Constituição e considera que os meios de protecção devem ser dirigidos contra quem perpetua tal discriminação e “não

Certo é que haveria danos não patrimoniais a considerar resultantes das renúncias efectuadas por um cônjuge para possibilitar um esforço contributivo manifestamente excessivo face às exigências da lei. Lembremo-nos daquele sofrimento que advenha das relações sociais que não puderam ser cultivadas, das actividades de recreação e lazer abandonadas, mas também do desgosto inerente a abdicar das progressões profissionais, da perda da fruição de determinado bem que se disponibilizou para uso doméstico<sup>743</sup> ou dos problemas de saúde física ou psíquica, como depressão, *stress* ou insónia, que a dedicação extrema a um familiar dependente podem originar. Estes não foram, todavia, contemplados.

No ordenamento jurídico espanhol, a introdução do “dever de corresponsabilidade nas tarefas domésticas e cuidado de terceiros” veio criar base para que se sustente que, se o incumprimento deste dever por parte de um cônjuge causar danos ao outro cônjuge, se possa pedir a sua reparação integral<sup>744</sup>. No caso do artigo 1676.º, n.º 2, no entanto, não se trata de incumprimento de um dever, mas do excesso de diligência. E, não sendo previsto neste preceito, nem nos termos gerais poderá haver reparação por danos não patrimoniais em virtude de uma contribuição excessiva, porque não há ilícito.

Ficam também de fora do artigo 1676.º, n.º 2, outros “danos clássicos” a que os pagamentos compensatórios (ou pelo menos, os alimentos com finalidade compensatória) pretendiam dar resposta em diversos ordenamentos jurídicos, relacionados com a possibilidade de celebração de outro casamento. Estes podem traduzir-se na “oportunidade perdida de ter escolhido outro cônjuge”<sup>745</sup> ou no declínio das possibilidades de contrair novo casamento (*remarriageability*).

É certo que estes danos não apresentam apenas uma vertente não patrimonial. Há prejuízos de natureza financeira que lhe podem estar associados. No entanto, não podemos de modo algum reconduzi-los à *fattispecie* do artigo 1676.º, n.º 2. Não dizem respeito àquilo de que um cônjuge abdicou para permitir que realizasse sobre-contribuições para os encargos da vida familiar, não emergem das renúncias

---

contra quem simplesmente criou a situação que para terceiros é fonte de tratamento discriminatório ou menos abonatória de pessoa divorciada”. Maria Manuel Veloso, *Danos não patrimoniais*, 508.

<sup>742</sup> Quanto ao alcance do preceito contido no artigo 1792.º, n.º 1, ver supra.

<sup>743</sup> Sobre o “dano de afeição” ou, como o põe VELOSO, para o distinguir daquele que respeita à morte de familiares, “dano de apego”, ver Maria Manuel Veloso, *Danos não patrimoniais*, 511 e 512.

<sup>744</sup> Neste sentido, María Aránzazu Novales Alquézar, *Los deberes personales entre los cónyuges*, 375.

<sup>745</sup> Cf. Ira M. Ellman, *The Theory of Alimony*, que os afasta (cf. Regra 1.1.).

aos seus interesses próprios em função da vida familiar. Aliás, o dano da quebra da *remarriageability* está ligado a factores sociais e não ao impacto das decisões tomadas durante o casamento<sup>746</sup>. Ora, há diferenças de género consideráveis no que diz respeito à *remarriageability*. No entanto, não parece que um qualquer pagamento por parte do outro cônjuge fosse o instrumento adequado para lhes fazer face<sup>747</sup>.

O crédito compensatório da lei portuguesa cinge-se, assim, aos “prejuízos patrimoniais”. Mas leva-se o estreitamento das situações a que responde mais além e exige-se que tais prejuízos sejam “importantes”. Com esta definição dos danos visados, o legislador pretendeu afastar bagatelas (o que bem se compreende) para proteger o casamento e os comportamentos dos cônjuges do escrutínio permanente que repugna ao Direito da Família.

Para a prossecução deste propósito, o legislador lança mão de mais um conceito indeterminado, que urge concretizar. Curiosamente, é nos danos não patrimoniais, que acabámos de afastar do âmbito do artigo 1676.º, n.º 2, que encontramos o critério legal mais próximo na ponderação da intensidade dos danos. Tanto a norma do crédito compensatório, como a do artigo 496.º, n.º 1, recorrem a um nível de relevância para que os danos a que respondem sejam atendíveis (i.e., ressarcíveis ao seu abrigo). De facto, se aquela disposição faz apelo da *importância*, já esta caracteriza os danos não patrimoniais que merecem ser indemnizados como aqueles “que, pela sua gravidade, mereçam a tutela do direito”.

Na determinação dos danos relevantes para efeitos do artigo 496.º, n.º 2, VELOSO explica-nos que o critério da gravidade do dano permite uma ponderação baseada na dignidade do bem jurídico, pelo que, por regra, a lesão de bens da personalidade é considerada mais grave do que as que implicam a propriedade<sup>748</sup>. Ora, no caso que tratamos, estamos perante prejuízos patrimoniais, pelo que não haverá grandes discrepâncias entre o bem jurídico afectado – dimensões da propriedade – que são ressarcidas através de equivalentes pecuniários.

---

<sup>746</sup> Notando esta assimetria, principalmente quando as mulheres têm filhos a cargo, ver Gary S. – *A Treatise on the Family*. Cambridge, Massachusetts, London, England, Harvard University Press, 1991, p. 330 e 331.

<sup>747</sup> June Carbone, *Economics, Feminism*, 1480.

<sup>748</sup> Maria Manuel Veloso, *Danos não patrimoniais*, 511.

Todavia, e apesar do carácter mais asséptico que reveste a avaliação dos danos patrimoniais, a *importância* dos prejuízos patrimoniais do artigo 1676.º, n.º 2, não pode deixar de se determinar, tendo em conta o impacto destes na situação particular do requerente. Não se trata aqui de efectuar uma ponderação com base em factores subjectivos, mas de avaliar a dimensão relativa de tais danos em face do contexto patrimonial pessoal do requerente.

### 1.3.3. A compensação por contribuição excessiva para os encargos da vida familiar da reforma de 1977

Uma figura de compensação associada à contribuição *em excesso* para os encargos da vida familiar não era estranha ao direito anterior à Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro. Na verdade, no regime que resultou da Reforma de 1977, a compensação era entrevista – através de uma referência enviesada, mas expressa, da lei - como a resposta para os casos em que um cônjuge tivesse prestado *mais* do que lhe cabia, segundo o critério da proporcionalidade das contribuições que resultava já do artigo 1676.º, n.º 1 do Código Civil. Foi, aliás, a referência da lei a este critério de distribuição dos contributos de cada cônjuge já na versão original do Código Civil, que levou LEONOR BELEZA a admitir que o problema da compensação já se pudesse pôr face ao artigo 1677.º, n.º 2, na versão do Decreto-Lei n.º 47344/66, de 25 de Novembro<sup>749</sup>.

Não se tratava, portanto, de consagrar a reacção à violação de um dever conjugal – neste caso, o cônjuge que contribuísse com *menos*, não contribuiria necessariamente *com menos do que devia*. Ora, só nesta última hipótese estaríamos perante a violação de um dever conjugal, que recebia (e continua a receber), aliás, a sua adequada (embora, porventura, insuficiente) resposta na possibilidade de um dos consortes poder exigir ao cônjuge faltoso que lhe fosse “directamente entregue a parte dos rendimentos ou proventos do outro que o tribunal fixar” (ao artigo 1677.º, n.º 3, na versão do Decreto-Lei n.º 47344/66, de 25 de Novembro)<sup>750</sup>. Para além disso, ao tempo, a violação de um dever conjugal constituía, nas condições da lei (art. 1779.º do Código Civil na redacção dada pelo Decreto-Lei n.º 496/77, de 25 de Novembro), causa de divórcio e podia espoletar um leque de consequências patrimoniais que pesariam sobre o cônjuge considerado único ou principal culpado<sup>751</sup>. Subjacente à mera previsão da compensação estaria o reconhecimento

<sup>749</sup> Leonor Beleza, *Os Efeitos do Casamento*, 111. Guilherme de Oliveira, todavia, dá-nos uma visão diferente acerca do advento da “compensação”, ao afirmar que o crédito de compensação por contribuições excessivas para os encargos da vida familiar “está previsto no Código Civil desde 1977 (Art. 1676.º, n.º 2)”. Guilherme de Oliveira, *A Nova Lei*, 18

<sup>750</sup> Possibilidade análoga encontra-se prevista no contexto alemão. V. Nina Dethloff, *Familienrecht*, 65. Cunha Gonçalves dava notícia de a Lei francesa de 13 de Julho de 1907, resolver deste modo a questão caracterizando-o, fundamentalmente como um problema das “mulheres operárias, cujos maridos gastam na taberna a fêria toda, dispõem que, faltando um dos cônjuges ao seu dever de socorrer o outro, poderá este fazer penhorar e receber, directamente uma parte dos salários ou do produto do salário daquele, em proporção das suas necessidades, com trato sucessivo para os salários futuros, e sendo a mesma sentença eficaz em relação a qualquer outro patrão, se o marido deixar o anterior, visto que os operários frequentemente mudam”. Gonçalves, Luiz da Cunha, *Direitos de Família e Direitos das Sucessões*, Coleção Jurídica Portuguesa, Lisboa, Edições Ática, 1955, p. 226.

<sup>751</sup> Vejam-se as versões anteriores à Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro, do artigo 1791.º (perda de benefícios recebidos pelo cônjuge considerado único ou principal culpado em vista do casamento ou em consideração do estado de casado), do artigo 1792.º (obrigação de reparação de danos não patrimoniais causados ao outro cônjuge pela dissolução do

por parte do legislador da injustiça inerente ao desequilíbrio proporcional das contribuições<sup>752</sup> e da consequente posição de desfavor do cônjuge mais zeloso na sua contribuição.

Todavia, se o legislador de 1977, no artigo 1676.º, n.º 2, abriu a porta para reclamar uma compensação, apressou-se a fechá-la através da consagração de uma *presunção de renúncia* àquela. Assim, a ponderação de outros factores e interesses<sup>753</sup>, levou a optar por uma solução inspirada no §1360b do BGB<sup>754</sup>, que regula os casos de uma excessiva prestação por parte de um dos cônjuges para a manutenção da família, sob a epígrafe *Zuvielleistung* e que constitui uma incontornável referência para entender a opção do legislador de 1977 e o alcance da norma<sup>755</sup>.

É certo que a norma do BGB parece exibir um grau de exigência mais baixo no que diz respeito ao afastamento da compensação – considera-se que, no momento da prestação, bastaria a falta de intenção de exigir a compensação, não sendo necessário existir *animus donandi* (*Schenkungs-wille*) por parte do cônjuge, entendido como intenção dirigida à renúncia da compensação (*Ersatzverzicht*). E, igualmente, reputa-se como indiferente o conhecimento – ou o desconhecimento – da ausência de uma obrigação legal no sentido da prestação efectuada. Aliás, sustenta-se que o §1360b BGB visa precisamente libertar o cônjuge requerido da prova de que o prestador estava consciente da ausência do seu dever jurídico<sup>756</sup>. Ora, na formulação da lei portuguesa, *presumia-se efectivamente a renúncia à compensação*, não a mera falta de intenção de a exigir. E dado que a renúncia implica

---

casamento por parte do cônjuge declarado único ou principal culpado), artigo 1790.º (impossibilidade de cônjuge declarado único ou principal culpado receber na partilha mais do que receberia se o casamento tivesse sido celebrado segundo o regime da comunhão de adquiridos) e artigo 2016.º, n.º 1, al. a), *a contrario* (não atribuição, em regra, de direito a alimentos ao cônjuge considerado único ou principal culpado)

<sup>752</sup> Oliveira, Guilherme de, *A Nova Lei*, 18.

<sup>753</sup> O legislador terá, eventualmente, conjecturado a existência de um acordo subjacente a tal distribuição assimétrica das contribuições, que pressuporia que os equilíbrios viriam a ser restabelecidos ao longo do casamento. Ver Rita Lobo Xavier, *Recentes Alterações*, 47.

<sup>754</sup> Leonor Belezã, *Os Efeitos do Casamento*, 111.

<sup>755</sup> A norma do 1360b BGB parece ter um alcance mais alargado, porquanto não se aplica apenas à contribuição excessiva para os encargos da vida familiar, mas também a contribuições alimentares entre cônjuges separados Beatrix Weber-Monecke, *Münchener Kommentar* (§ 1360b), 335-336.

<sup>756</sup> Beatrix Weber-Monecke, *Münchener Kommentar* (§ 1360b), 337-338. A exigência desta prova decorreria do § 814 BGB. Aliás, Weber-Monecke considera que quem exige para efeitos do §1360b conhecimento do dever jurídico em falta, esvazia a presunção de todo o sentido que vai para além do § 814. Note-se que, todavia, embora haja este afastamento fácil da compensação, há outros mecanismos a funcionar e as contribuições não recuperáveis de acordo com o § 1360b, são, todavia, segundo o § 1380, reconduzíveis à antecipação do crédito de *Zugewinnsausgleich* do beneficiário. *Ibidem*, 338.

a manifestação unilateral de vontade do renunciante no sentido da perda do direito, tal pressupõe o conhecimento deste direito.

Embora não sejam conhecidas as razões que levaram a adoptar uma solução próxima da alemã no ordenamento jurídico português<sup>757</sup>, parece ser de admitir que, em última análise, se teria na mira salvaguardar o *interesse da paz familiar*<sup>758</sup>, evitando litígios entre os cônjuges. Ter-se-á partido do princípio que a natureza da relação conjugal sustenta que, *na dúvida*, não haveria vontade de requerer a “correspondente compensação” mencionada<sup>759</sup>, traduzida na renúncia a esta. Para além disso, também não terá sido alheia a esta opção uma cultura jurídica caracterizada por alguma dificuldade em reconhecer “interesses autónomos e conflituantes entre os cônjuges, que podem emergir, por exemplo, de responsabilidade civil ou de contratos entre eles”<sup>760,761</sup>. E estaria, porventura, também presente uma perspectiva de género, que suporia renúncia à vida pessoal por parte da mulher, sinal de “uma provável condição menor da mulher casada”<sup>762</sup>. Paralelamente, ao servir, deste modo o interesse da paz familiar, tornou-se numa regra de protecção a favor do cônjuge eventualmente devedor da compensação<sup>763</sup>.

No entanto, estes interesses não foram blindados pelo legislador - a porta para aceder à compensação, que se fechou com a *presunção de renúncia*, não ficou trancada. Esta presunção configurava-se, em virtude da regra do art. 350.º, n.º 2 do Código Civil, como uma presunção *iuris tantum*, podendo, portanto, ser ilidida mediante prova em contrário<sup>764</sup>, à semelhança da sua homóloga alemã.

Assim, para satisfazer o ónus da prova que sobre ele pesa, o cônjuge que pede a compensação teria de provar que prestou a sua contribuição, que esta excedia

<sup>757</sup> Guilherme de Oliveira, *A Nova Lei do Divórcio*, 19.

<sup>758</sup> Beatrix Weber-Monecke, *Münchener Kommentar* (§ 1360b), 334.

<sup>759</sup> É o que é sustentado quanto à *Zuvielleistung* do direito alemão. A doutrina alemã tem considerado que corresponde à experiência de vida e à natureza da relação conjugal, que aquele que prestou demasiado (*der Zuvielleistend*), na dúvida, não tem vontade de repetição (*Rückforderungswille*). Beatrix Weber-Monecke, *Münchener Kommentar* (§ 1360b), 334

<sup>760</sup> Guilherme de Oliveira, *A Nova Lei*, 19 e Guilherme de Oliveira, *Dois numa só carne*, 12.

<sup>761</sup> Sobre o entendimento das relações dos cônjuges como uma fusão destes, a sua repercussão na supremacia marital e a subsequente evolução de tal concepção, ver Guilherme de Oliveira, *Dois numa só carne*, 5-12.

<sup>762</sup> Guilherme de Oliveira, *A nova lei*, 19.

<sup>763</sup> Para Weber-Monecke, a solução alemã constitui uma pura regra de protecção a favor do requerido de boa-fé. Beatrix Weber-Monecke, *Münchener Kommentar* (§ 1360b), 335.

<sup>764</sup> É aquilo que resulta da lei, que não proíbe que seja admitida prova em contrário e que a doutrina unanimemente não pode deixar de reconhecer. Veja-se, por exemplo, Leonor Beleza, *Efeitos do casamento*, 111, Pires de Lima; Antuens Varela, *Código Civil Anotado*, 269, Pereira Coelho; Guilherme de Oliveira, *Curso*, 358.

aquilo a que era legalmente obrigado e que não renunciou à compensação<sup>765</sup>. A doutrina alemã aponta ainda ser necessário fazer a prova que o cônjuge requerido conhecia ou que dadas as circunstâncias (que teria de alegar e provar) seria reconhecível ao seu consorte, desde o início, *i.e.* desde o momento da contribuição, que existia a vontade de requerer a “correspondente compensação”<sup>766</sup>, em particular que repetidamente reclamou o aumento da contribuição daquele para os encargos da vida familiar<sup>767</sup>. E, assim, uma reserva secreta não seria suficiente<sup>768</sup>. Sendo bem sucedido a produzir a prova nestes termos em juízo, o requerente teria direito a uma “compensação”<sup>769</sup> <sup>770</sup>, um expediente que permitiria reequilibrar as contribuições feitas por ambos os cônjuges e que se traduziria, em princípio, na restituição do valor correspondente ao que excedeu a medida legal da contribuição.

No entanto, apesar desta possibilidade teórica, há que reconhecer a improbabilidade de este direito ser reclamado na altura própria<sup>771</sup>. Para além disso, para além da normal dificuldade em fazer a prova daquilo com que se contribuiu a mais, o legislador põe-nos perante a exigência de prova de um facto negativo – a ausência de renúncia, ao arrepio da regra geral neste domínio. Finalmente, há que reconhecer que este ónus pesa sobre o cônjuge que se encontrava na situação de

---

<sup>765</sup> Ver os mesmos pontos em Beatrix Weber-Monecke, *Münchener Kommentar* (§ 1360b), 335 ss.

<sup>766</sup> Beatrix Weber-Monecke, *Münchener Kommentar* (§ 1360b), 335, Para satisfazer o seu ónus da prova, basta que o requerente sustente, de forma substanciada, para além da factualidade da *Zuvilleistung*, as circunstâncias desde o início para o destinatário.

<sup>767</sup> Pires de Lima, Antunes Varela, Código civil Anotado, vol. IV, 269 e Rita Lobo Xavier, *Recentes Alterações*, 47.

<sup>768</sup> Michael Coester, *J. von Staudingers Kommentar*, 305.

<sup>769</sup> Como Rita Lobo Xavier nota que a palavra “compensação” não era aqui utilizada num dos sentidos técnico-jurídicos possíveis: como forma de extinção das obrigações; meio de correcção das deslocações entre as diferentes massas patrimoniais que existem em virtude do regime de bens; enquanto a “reparação” dos “danos” não patrimoniais. Rita Lobo Xavier, *Recentes Alterações*, 47.

<sup>770</sup> Pensamos que o artigo 1676.º, n.º 2, na versão da Reforma de 1977 era, não obstante a presunção de renúncia a compensação, mais generoso no sentido de a conceder, caso esta fosse ilidida, do que o direito alemão. No contexto do §1360b BGB, a doutrina inclina-se no sentido de não reconhecer um direito a compensação (*Ersatzanspruch*) autónomo. Assim, além de excluir direitos de regresso (*Regressansprüche*) fundados quer gestão sem mandato, no enriquecimento sem causa ou qualquer específica obrigação de compensação de direito de família, Beatrix Weber-Monecke, *Münchener Kommentar* (§ 1360b), 337 e 338, também sustenta que a refutação do resultado da presunção não funda ainda nenhum direito a restituição. Coester, Michael, *J. von Staudingers Kommentar*, 307. Segundo Nina Dethloff, seria admissível, no contexto do ordenamento jurídico alemão, que uma maior participação nos ganhos (*Beteiligung am Zugewinn*) viesse a ser mais tarde a ser contabilizada, o que, segundo a Autora, seria uma compensação adequada em caso de extinção do casamento, no entanto, tal não é previsto. Note-se, no entanto, que a jurisprudência prevê, sempre que possível, uma indemnização (*Ersatz*) através de contratos de cooperação com obrigação de compensação (*Kooperationsverträge mit Ausgleichspflicht*). Nina Dethloff, *Familienrecht*, 65.

<sup>771</sup> No contexto da lei anterior, Rita Lobo Xavier é do entendimento de que este “direito de exigir do outro a correspondente compensação” nunca foi entendido como um efeito do divórcio. Rita Lobo Xavier, *Recentes Alterações*, 48.



desfavor na distribuição dos encargos familiares<sup>772</sup>, não raro um cônjuge com posição económica e socialmente mais débil, a maior parte das vezes, a mulher<sup>773</sup>.

---

<sup>772</sup> Guilherme de Oliveira, *A Nova Lei*, 19.

<sup>773</sup> Como nota Guilherme de Oliveira, *Dois numa só carne*, 12.

PARTE B

# Obrigação de alimentos



## 1. Pressupostos do direito a alimentos

### 1.1. OS PRESSUPOSTOS DO DIREITO A ALIMENTOS

No direito alimentar geral, os pressupostos do direito a alimentos são reconhecidos, quase invariavelmente<sup>774</sup>, como a “necessidade” do alimentando e as “possibilidades” do alimentante para responder a essa necessidade. É isto, aliás, que se encontra consagrado na legislação portuguesa e é o que se pode facilmente observar numa análise panorâmica de ordenamentos jurídicos que nos são mais ou menos próximos<sup>775</sup>.

“Necessidade” ou “possibilidades” não representam, todavia, o mesmo papel no seio do instituto. De facto, é a necessidade de quem invoca o direito o pressuposto que esboça o funcionamento deste mecanismo e que nos aponta para a sua finalidade. Isto porque o propósito da obrigação alimentar geral é identificado com o suprimento de uma carência<sup>776</sup>, com a resposta ao problema da vida e da sua preservação<sup>777</sup>. Atribui-se-lhe uma finalidade “alimentar” ou “assistencial”, que vai buscar o seu fundamento a uma particular relação (de família, geralmente<sup>778</sup>), que justifica esta expressão de *solidariedade*<sup>779</sup>.

Os alimentos entre cônjuges e entre ex-cônjuges, no entanto, têm assumido uma posição particular face a esta obrigação alimentar geral. Na verdade, em virtude da simbiose que a vida matrimonial implica, é comum delinear-se um regime especial para estas obrigações e a definição dos pressupostos que lhe estão subjacentes nem sempre se reconduz à clássica dicotomia necessidades-possibilidades ou ao seu entendimento nos mesmos termos. A singularidade do regime dos alimentos acentua-se ainda quando os sujeitos são os ex-cônjuges, na medida em que entre estes já não subsiste qualquer relação familiar.

<sup>774</sup> Moitinho de Almeida, por exemplo, considerava como a terceira condição que determinava os elementos da obrigação alimentícia, o “vínculo obrigacional”. L. P. Moitinho de Almeida, *Dos alimentos*, 272.

<sup>775</sup> Vejam-se, por exemplo, além do artigo 2004.º do CCiv português, o artigo 438 do CCiv italiano, artigo 146 do Código Civil espanhol, artigo 208 CCiv francês.

<sup>776</sup> Geralmente associada a uma incapacidade, como nota Maria de Nazareth Lobato de Guimarães, *Alimentos*, 206.

<sup>777</sup> No sentido de alicerçar obrigação de alimentos no direito à vida, ver, na nossa Doutrina, L. P. Moitinho de Almeida, *Os Alimentos no Código Civil*, 94, Orlando de Carvalho, *Teoria Geral do direito Civil*, 187, Maria de Nazareth Lobato de Guimarães, *Alimentos*, 173, R. Capelo de Sousa, *Direito Geral de Personalidade*, 208 e nota 403.

<sup>778</sup> Não é assim no caso da obrigação alimentar que recai sobre o donatário – artigo 2011.º CCiv.

<sup>779</sup> Massimo Dogliotti, *Doveri Familiari*, 95 e ss.

### 1.1.1.1. Relevância e irrelevância da culpa

#### 1.1.1.1.1. Culpa como pressuposto (secundário) do direito a alimentos

A atribuição de alimentos ao ex-cônjuge encontra-se, amiúde, muito próxima da consideração da conduta dos cônjuges. Assim, não é de estranhar que, para a consideração dos pressupostos que fundavam o direito a alimentos e a obrigação de os prestar – a necessidade do requerente e os recursos do requerido –, se tenha de ultrapassar frequentemente o umbral da determinação das culpas dos cônjuges.

Existe uma ligação histórica da culpa com os alimentos pós-divórcio, que se funda no entendimento de que o “inocente” (identificado, por via de regra, com a mulher dependente economicamente) teria direito a ser sustentado como se o casamento tivesse permanecido intacto<sup>780,781</sup>. Todavia, a primeira aparição da obrigação alimentar entre cônjuges divorciados no ordenamento jurídico português prescindiu destas considerações. O diploma que introduziu o divórcio no nosso direito, a “Lei do Divórcio” (Decreto de 3 de Novembro de 1910) consagrava a “qualquer dos cônjuges (...) o direito a exigir do outro que lhe preste alimentos, se d’elles carecer” (artigo 29.º deste diploma). Assim, não se estabelecia ligação com a culpa eventualmente determinada no divórcio – “qualquer dos cônjuges”, independentemente do seu grau de inocência ou de culpa, poderia requerer alimentos.

A solução foi alvo de tentativas de negação<sup>782</sup>, bem como de críticas. VAZ SERRA sustentava que só o cônjuge que obteve o divórcio, logo o inocente, teria direito a alimentos<sup>783</sup>. Já para PEREIRA COELHO, que atribuía à pensão do art. 29.º da Lei do Divórcio natureza alimentar e não indemnizatória, esta era concebida como um prolongamento do dever de mútuo socorro e auxílio, o que explicaria a concessão de

<sup>780</sup> Ira M. Ellman, *The Theory of Alimony*, 5-6.

<sup>781</sup> Pense-se no *assegno post-matrimoniale* italiano, antes da Reforma de 1987 (Giovanni Bonilini; Ferruccio Tommaseo, *Manuale di Diritto di Famiglia*, 225) ou na pensão alimentar a que o cônjuge inocente tinha direito até à Lei de 1975, em França (Maurie, Fulchiron, *La Famille*, 322).

<sup>782</sup> Como a de Cunha Gonçalves, que considerava que, quando muito, o cônjuge culpado era obrigado a prestar alimentos ao cônjuge inocente. Gonçalves, Luiz da Cunha, *Direitos de Família e Direitos das Sucessões*, 101. e *Tratado de Direito Civil*, vol. VII, 118. Esta posição, sem aparente sustentáculo legal, tem clara ligação com a natureza indemnizatória que CUNHA GONÇALVES atribuía então aos alimentos – Cunha Gonçalves, *Direitos de Família*, 101.

<sup>783</sup> Adriano Paes da Silva Vaz Serra, *Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 7 de Maio de 1963*, 356.

alimentos quer ao cônjuge inocente quer ao culpado, ainda que em termos diferentes<sup>784</sup>. Este regime dos alimentos aos cônjuges divorciados aplicar-se-ia também às situações de separação de pessoas e bens, segundo VAZ SERRA com base no argumento da maioria de razão, “por existir no divórcio”<sup>785</sup>.

Com a entrada em vigor da *Concordata entre a Santa Sé e a República Portuguesa*, vedou-se o acesso ao divórcio aos casados catolicamente após 1 de Agosto de 1940<sup>786</sup>. A partir deste momento, deixou de se equacionar a figura dos alimentos *pós-divórcio* para estes casamentos católicos. Todavia, e porque às situações de separação de pessoas e bens – único remédio admitido para as crises conjugais no casamento católico – se aplicavam integralmente os artigos 29.º e ss. da Lei do Divórcio, as regras relativas aos alimentos entre cônjuges divorciados continuaram a valer para estes casos<sup>787</sup>. Apesar das significativas alterações legislativas entretanto operadas, só com a celebração do *Protocolo Adicional à Concordata de 7 de Maio de 1940*, em 1975, passou a abrir-se novamente a via do divórcio para os casamentos católicos<sup>788</sup>.

Com o novo Código Civil, em 1967<sup>789</sup>, dá-se uma significativa alteração no entendimento da relevância da culpa no âmbito dos alimentos pós-conjugais. Já não é “qualquer cônjuge”, mas, segundo a lei, apenas o “cônjuge não culpado”, o “cônjuge não considerado principal culpado” e apenas “qualquer dos cônjuges”, quando ambos tivessem sido considerados igualmente culpados ou tivesse havido *separação* por mútuo consentimento (artigo 2016.º do Código Civil de 1966, na redacção dada pelo Decreto-Lei n.º 47344/66, de 25 de Novembro)<sup>790</sup>. A culpa é aqui entendida como a “conduta censurável” imputável aos cônjuges<sup>791</sup>, valorada segundo o sistema

<sup>784</sup> Francisco Manuel Pereira Coelho, *Curso de Direito de Família*, vol. I, 850, nota 1, e 851 ss., em particular p. 853.

<sup>785</sup> Adriano P. S. Vaz Serra, *Obrigações de alimentos*, 71.

<sup>786</sup> Para os casamentos católicos celebrados depois de 1 de Agosto de 1940, passou a entender-se que os cônjuges renunciavam à faculdade civil de requerer o divórcio. O Art. XXIV da Concordata estabelece uma presunção *iuris et de iure* neste sentido. Francisco Manuel Pereira Coelho, *Curso de Direito de Família*, vol. I, 697, nota 1.

<sup>787</sup> Francisco Manuel Pereira Coelho, *Curso de Direito de Família*, vol. I, 666. Veja-se também neste sentido o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 2 de Dezembro de 1950, BMJ, n.º 22, p. 325, que afirmava que o preceituado no artigo 29.º da Lei do Divórcio se aplicava a todos os casos em que a mulher necessitasse de pedir alimentos ao marido, e também no caso de separação de pessoas e bens.

<sup>788</sup> O “grave dever” dos cônjuges de não pedirem o divórcio passou a existir face à Igreja e já não é uma obrigação perante o Estado. F. M. Pereira Coelho; Guilherme de Oliveira, *Curso*, 184, e Paulo Olavo Cunha, *O sistema matrimonial português*, 63.

<sup>789</sup> L. P. Moitinho de Almeida, *Dos alimentos*, 296.

<sup>790</sup> Apesar desta importante modificação, a análise de PEREIRA COELHO continuava a ver no direito a alimentos um direito de natureza puramente alimentar, não obstante a relação que então se formou com a culpa declarada no processo de divórcio. Francisco Manuel Pereira Coelho, *Curso de Direito de Família*, vol. I, Tomo 2.º, 356.

de valores “geralmente aceite (...) na comunidade nacional na época em que a questão é apreciada”<sup>792</sup>.

A apreciação da conduta conjugal para efeitos da concessão de alimentos não era, no entanto, privativa das situações de divórcio. Na verdade, a lei também pressupunha tal consideração nos casos de extinção da relação matrimonial por invalidade. O artigo 2017.º do Código Civil prevê, desde a versão original do diploma – inalterada até aos dias de hoje quanto a esta disposição – que, sendo o casamento declarado nulo ou anulado, “o cônjuge de boa fé conserva o direito a alimentos após o trânsito em julgado ou o averbamento da decisão respectiva”. Assim, não seriam os comportamentos culposos dos cônjuges durante o casamento, mas a sua “boa fé”, ou seja, a ignorância desculpável do vício causador da invalidade (artigo 1648.º, n.º 1) que relevaria (e ainda hoje releva) para “conservar” o direito a alimentos, ao abrigo do funcionamento das regras do casamento putativo<sup>793</sup>.

A *Reforma de 1977* introduziu novos elementos quanto à consideração da culpa no quadro do direito de alimentos e do dever correspondente, um regime que se manteve até à Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro<sup>794</sup>. A determinação da titularidade do direito e da obrigação de prestar alimentos passou a fazer-se a partir do cruzamento de diferentes factores: releva o tipo de divórcio para o efeito de mobilizar diferentes critérios de atribuição. Assim, no divórcio litigioso, mais precisamente no divórcio fundado nas causas subjectivas encerradas na cláusula do antigo artigo 1779.º e no divórcio pelas causas objectivas do artigo 1981.º, alíneas a) e b) (separação de facto e ausência), a determinação da culpa levada a cabo no processo de divórcio era o elemento central<sup>795</sup>. Ora, segundo a lei, tinha direito a

<sup>791</sup> Maria de Nazareth Lobato de Guimarães, *Alimentos*, 195.

<sup>792</sup> Antunes Varela, *Direito da Família*, 505.

<sup>793</sup> Adriano P. S. Vaz Serra, *Obrigação de alimentos*, 75.

<sup>794</sup> Note-se que o mesmo regime é aplicado aos separados de pessoas e bens, desde a redacção inicial do Código Civil.

<sup>795</sup> A apreciação do comportamento dos cônjuges estava presente tanto no divórcio com fundamento em causas subjectivas, como no divórcio por causas objectivas – neste caso já não para fundar a concessão do divórcio, mas sim, em momento subsequente, para determinar consequências patrimoniais para os cônjuges, inclusivamente quanto à atribuição de alimentos pós-divórcio. VAZ TOMÉ assinalava três vias para resolver a questão da atribuição de alimentos ao cônjuge necessitado no caso de o divórcio ter sido decretado com fundamento na separação de facto por mais de seis anos, e não ter havido declaração de culpa. Em primeiro lugar, sugere a interpretação extensiva do n.º 2 do artigo 2016.º na redacção então vigente, com base no argumento *a fortiori*, já que até o cônjuge considerado único ou principal culpado seria titular de um direito a alimentos. Também avança com a interpretação extensiva do artigo 2016.º, n.º 1, alínea c), com fundamento no argumento *a pari*, uma vez que o cônjuge necessitado tem direito a alimentos no divórcio por mútuo consentimento, no qual não havia (como não há actualmente) declaração de culpa e, no divórcio litigioso, o cônjuge com igual culpa também seria titular do direito. Por fim, propunha uma interpretação enunciativa do artigo 2016.º, n.º 2, lançando mão do argumento *a maiori ad minus*.” Maria João Romão Carreiro Vaz Tomé, *O Direito à Pensão*, 328.

alimentos, no caso de divórcio, o cônjuge “não considerado culpado”, bem como aquele que não tivesse sido considerado principal culpado, havendo culpa de ambos (artigo 2016.º, alínea a)). Mas, se ambos os cônjuges tivessem sido considerados igualmente culpados, qualquer dos cônjuges poderia vir a requerer alimentos (artigo 2016.º, alínea c)).

Numa perspectiva mais próxima da formulação literal da lei, as disposições do artigo 2016.º (na redacção do Decreto-Lei n.º 496/77, de 25 de Novembro) haviam sido interpretadas no sentido de, através da mobilização do critério da culpa, determinarem o titular activo da relação alimentar<sup>796</sup>. Para LOBATO DE GUIMARÃES o *critério primário* da atribuição de alimentos pós-divórcio seria a *apreciação da conduta do peticionário* – ou seja, o facto de a sua conduta não merecer censura ou não ser mais censurável do que a do requerido justificaria a sua concessão<sup>797</sup>. Segundo outro ângulo de visão, que GALVÃO TELLES representa de forma mais clara, foi também aventado que o estabelecimento da culpa seria de molde a determinar o obrigado. Nesta perspectiva, em divórcio litigioso, só seria condenado a prestar alimentos quem tivesse tido culpa (exclusiva, principal ou igual à do outro cônjuge)<sup>798</sup>. Ora, se é certo que, no contexto do regime que subsistiu até 2008, se podia sustentar que o legislador associou efeitos sancionatórios à declaração de culpa<sup>799</sup>, não nos parece que, no que em particular diz respeito à obrigação de alimentos, tal se traduzisse em impor a obrigação de pagar alimentos. A relação alimentar centra-se na figura do alimentando, parte da sua situação de necessidade e, a ser avaliada, é a sua conduta que pode determinar a sua idoneidade para beneficiar de uma prestação por parte do seu ex-cônjuge.

A determinação e graduação da culpa perderia, no entanto, o seu lugar no seio do divórcio litigioso no caso da invocação da causa objectiva de “alteração das faculdades mentais” de um dos cônjuges (artigo 1781.º, alínea c), na redacção dada pelo Decreto-Lei n.º 496/77, de 25 de Novembro, e pela Lei n.º 47/98, de 10 de

---

<sup>796</sup> Ver, com o discurso centrado no direito, no titular activo da relação alimentícia, Guilherme de Oliveira, *A Nova Lei do Divórcio*, 29 (“a lei atribuíu o direito a alimentos ao inocente ou ao menos culpado”), Maria de Nazareth Lobato de Guimarães, *Alimentos*, 196 (a lei diz “quem pode candidatar-se a alimentando”), L. P. Moitinho de Almeida, *Dos alimentos*, 296, e Eva Dias Costa, *Da Relevância da Culpa*, 121, também se centram no direito a alimentos.

<sup>797</sup> Maria de Nazareth Lobato Guimarães, *Alimentos*, 195.

<sup>798</sup> Inocêncio Galvão Telles, *Parecer. Alimentos*, 19 e 20.

<sup>799</sup> Heinrich Ewald Hörster, *A responsabilidade civil entre os cônjuges*, 98. Segundo Hörster, “os cônjuges declarados culpados sentiam as consequências do seu agir censurável”. E Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira consideram que o sistema aproveitava as circunstâncias do divórcio litigioso para assim penalizar o cônjuge culpado ou principal culpado.



Agosto<sup>800</sup>. Nesta hipótese, o cônjuge réu – o que teria dado causa ao divórcio por padecer da mencionada alteração – teria direito a alimentos (artigo 2016.º, na redacção do Decreto-Lei n.º 496/77, de 25 de Novembro), sem que a determinação e graduação da culpa dos cônjuges desempenhasse qualquer papel. Ao lado da reparação dos danos não patrimoniais causados pelo divórcio (artigo 1792.º, na redacção dada pelo Decreto-Lei n.º 496/77, de 25 de Novembro),<sup>801</sup> foi esta a forma de o legislador temperar o facto de ter admitido uma tal causa de divórcio, à revelia da obrigação de socorro e auxílio mútuo que vincula os cônjuges<sup>802</sup>. Deste modo, não obstante a ausência da consideração da culpa, o cônjuge autor era responsabilizado pela iniciativa da dissolução do casamento<sup>803</sup>.

Por fim, a centralidade do papel da culpa no divórcio litigioso era também posta em causa pelo n.º 2, do artigo 2016.º (redacção do Decreto-Lei n.º 496/77, de 25 de Novembro). Não obstante a *apreciação da conduta do peticionário* não o colocar nas condições previstas no n.º 1, que lhe permitiriam requerer alimentos, é criada uma excepção, por motivos de equidade, tendo em conta, principalmente, a duração do casamento e da colaboração prestada à economia do casal. É certo que, nestes casos, a doutrina insistia em reconhecer alguma relevância à culpa, defendendo que o direito assim reconhecido ao cônjuge único ou principal culpado não deveria ter a mesma amplitude daquele do cônjuge inocente ou menos culpado<sup>804</sup>. Deste modo, a culpa teria significado apenas para a determinação da medida do direito a alimentos, não para o seu reconhecimento, saindo, mesmo assim, *relativizada*<sup>805</sup>.

Quando se tratasse de divórcio por mútuo consentimento, em que os cônjuges optam por não revelar a causa subjacente à ruptura matrimonial<sup>806</sup>, não se oferecia base para declarar a culpa dos consortes. Assim, qualquer dos cônjuges teria direito

<sup>800</sup> É notória a inspiração da norma francesa que emergiu da Reforma de 1975. Ver art. 490 Code Civil. Jean Carbonnier, *Droit Civil. La famille.*, 556 e 557.

<sup>801</sup> Também Pereira Coelho, *Divórcio e separação judicial de pessoas e bens*, 41.

<sup>802</sup> F. M. Pereira Coelho; Guilherme de Oliveira, *Curso*, 643.

<sup>803</sup> Pereira Coelho, *Divórcio e separação judicial de pessoas e bens*, 41 e F. M. Pereira Coelho; Guilherme de Oliveira, *Curso*, 643.

<sup>804</sup> Embora conteste a solução do direito a alimentos do cônjuge culpado, VAZ SERRA defende que, sendo este reconhecido, não é tão amplo como o do cônjuge inocente e que, nos termos do artigo 180.º do Código de 1867 só teria direito “em montante inferior ao que teria lugar na falta de procedimento repreensível da sua parte”. Adriano P. S. Vaz Serra, *Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça*, 358, nota 2.

<sup>805</sup> A expressão é de Vaz Tomé. Maria João Romão Carreiro Vaz Tomé, *O Direito à Pensão*, 324.

<sup>806</sup> Pereira Coelho apelida-o de “divórcio por causa não revelada”. F. M. Pereira Coelho; Guilherme de Oliveira, *Curso*, 601. Já neste sentido, Pereira Coelho, *Curso*, 1960, 810.

a alimentos (artigo 2016.º, n.º 1, alínea c), na redacção do Decreto-Lei n.º 496/77, de 25 de Novembro), provados que fossem os fundamentos da sua pretensão.

#### 1.1.1.2. Fim da relevância da culpa. O regime actual.

O último estágio desta evolução é marcado pelo advento da Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro<sup>807</sup>, com a qual desapareceu a declaração de culpa no divórcio. Assim, caiu a consideração dos comportamentos censuráveis dos cônjuges para efeitos de decretamento do divórcio, ao abrigo da ideia da sua falta de propriedade no quadro do divórcio-ruptura<sup>808</sup>. Mas, para além disso, deixou de existir um sustentáculo para fundar determinadas consequências de natureza essencialmente patrimonial para os ex-cônjuges, em função da sua conduta matrimonial<sup>809</sup>, nomeadamente a obrigação de alimentos entre ex-cônjuges. A titularidade da relação alimentar passou a depender apenas do preenchimento dos pressupostos gerais que presidem à sua constituição – situação de necessidade do credor e possibilidades do devedor de prestar os alimentos requeridos – independentemente do tipo de divórcio (cf. artigo 2016.º, n.º 2, redacção da Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro).

Não foram estranhos à nova estruturação do sistema “independentemente do tipo de divórcio”, os trabalhos da CEFL<sup>810</sup>, que, no Princípio 2:1, relativo aos

<sup>807</sup> O novo regime dos alimentos pós-divórcio é, à semelhança dos que o precederam, aplicável à separação de pessoas e bens, ainda denominada na lei, sem dúvida por lapso legislativo, pela involuntária sinédoque “separação *judicial* de pessoas e bens” (cf. arts. 2016.º, n.º 4 e 2016.º-A, n.º 4), quando o todo a que a lei se quer referir abrange tanto a separação de pessoas e bens por via judicial como por via administrativa.

<sup>808</sup> Guilherme de Oliveira explica que “abandono da declaração da culpa é um simples corolário da eliminação do divórcio por “causas subjectivas” e da irrelevância da culpa” e acrescenta que a existência desta declaração nem se coadunaria com o próprio modelo do divórcio-ruptura, decretado com fundamento em factos objectivos que indiciam o rompimento definitivo dos laços entre os cônjuges. Guilherme de Oliveira, *A Nova Lei do Divórcio*, 16.

<sup>809</sup> Guilherme de Oliveira, *A Nova Lei do Divórcio*, 17. OLIVEIRA, todavia, admitia a possibilidade teórica de, no quadro do novo divórcio, se manter a declaração de culpa para efeitos de regulação dos efeitos patrimoniais do divórcio ou mesmo a solução mais moderada de esta relevância estar limitada no tempo. Sabemos, porém, que esta não foi a opção do legislador de 2008 que também entendeu não consagrar um regime transitório, que teria servido para acautelar normais expectativas de previsibilidade e exigências de segurança jurídica em geral.

<sup>810</sup> Os “Principles of European Family Law Regarding Divorce and Maintenance Between Former Spouses” da CEFL, foram, aliás, apontados como referência para o trabalho em que se alicerçou o Projecto de lei n.º 509/X, o documento que serviu de base à reforma levada a cabo pela Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro. A CEFL é uma iniciativa de índole científica, que, desde 2001, congrega estudiosos de Direito da Família de grande parte das jurisdições europeias e que tem como objectivo principal a criação de Princípios de Direito da Família Europeus, que possam contribuir para a harmonização deste direito na Europa. Os Princípios respeitantes ao Divórcio e aos Alimentos entre Ex-cônjuges foram o primeiro produto do seu labor. Partiram da análise de um questionário detalhado a que responderam os peritos dos vários ordenamentos para a elaboração de princípios, nos quais se opta entre o método do *common core* e o método da *better law* para eleger a solução final. Katharina Boele-Woelki, *Os Princípios do Direito da Família Europeu*, 5 a 17.

alimentos entre ex-cônjuges, desligou qualquer diferenciação do regime dos alimentos do tipo de divórcio<sup>811</sup>. Esta solução está, como é evidente, ligada à opção basilar de optar pela irrelevância da culpa ao nível do divórcio<sup>812</sup>.

#### 1.1.1.3. O debate sobre o desaparecimento da culpa

A presença ou a eliminação da declaração de culpa nos processos de divórcio e a sua relevância para determinação de consequências patrimoniais tem sido objecto de acesa discussão. É particularmente digna de nota a controvérsia gerada no contexto norte-americano pelos estudos pioneiros de WEITZMAN, nos quais sustenta que a introdução do *no-fault divorce* representou um impacto negativo nas condições financeiras das mulheres divorciadas, gerando uma diferença de nível de vida entre homens e mulheres bem maior do que tinha sido demonstrado em estudos anteriores<sup>813</sup>. Para a Autora, as regras resultantes da denominada *Divorce Revolution* relativas à partilha, alimentos entre ex-cônjuges e alimentos a filhos geraram um empobrecimento sistemático das mulheres divorciadas e dos seus filhos, que se tornaram, assim, nos “novos pobres”<sup>814</sup>. Particularmente no que diz respeito aos alimentos pós-divórcio, veio considerar o seu abandono no contexto desta reforma como prematuro, detectando de alguma forma o seu retorno nos Estados que os tinham afastado<sup>815</sup>.

A investigação de WEITZMAN foi alvo de ampla divulgação, mas recebeu igualmente críticas pesadas. Assim, do ponto de vista da análise dos dados apresentados por WEITZMAN, já nos anos 90, PETERSON veio demonstrar, numa análise mais tarde sufragada pelo ALI<sup>816</sup>, a imprecisão dos resultados<sup>817</sup>. Ao nível

---

<sup>811</sup> Principle 2:1 “Relationship between maintenance and divorce. Maintenance between former spouses should be subject to the same rules regardless the type of divorce.”

<sup>812</sup> A CEFL elegeu a separação de facto como o único fundamento do “divórcio sem o consentimento de um dos cônjuges”, por considerar que se trata de um “simples teste objectivo” e um fundamento cuja presença maioritária nos ordenamentos jurídicos investigados (quinze em vinte e dois) lhe conferia o selo de uma “common core approach”. Katharina Boele-Woelki et al., *Principles of European Family Law*, 54 e 55.

<sup>813</sup> Os dados recolhidos por WEITZMAN vieram revelar que o nível de vida das mulheres caía 73% no primeiro ano após o divórcio, enquanto o dos seus maridos recém-divorciados subia 42%. Lenore Weitzman, *The Divorce Revolution*, 338 e 339. O estudo foi realizado na Califórnia, mas foi seguido por pesquisas noutros Estados, com resultados similares.

<sup>814</sup> Lenore Weitzman, *The Divorce Revolution*, 485.

<sup>815</sup> Lenore J. Weitzman, *Alimony: Its Premature Demise*, 254. WEITZMAN sublinha em particular os trabalhos da *California Senate Task Force on Family Equity* e as suas propostas de alteração quanto à alteração dos padrões a ter em conta ao atribuir alimentos e de “educação judicial”.

<sup>816</sup> ALI, *Principles of the Law*, 828. Schneider, C. E. Afterword, 490, 492, 494: Schneider caracteriza os princípios do ALI como parte de uma “honrada tradição” de reformas legais de elite, com fundamento na ideologia dominante na

ideológico, SINGER critica a lógica de nostalgia pelos “*good old days*” do divórcio fundado na culpa, caracterizando a obrigação teórica de o marido sustentar a mulher cumpridora como o preço pago pelo domínio masculino, tanto legal como económico, no âmbito do casamento<sup>818</sup>.

São vários, no entanto, os pólos desta discussão<sup>819</sup>. As análises do ponto de vista da *Law and Economics*, e em particular a visão de BECKER, não favorecem o *no-fault divorce* e perfilam-se ao lado de WEITZMAN ao detectar consequências negativas para mulheres, especialmente mulheres com filhos que advêm da consagração deste tipo de divórcio, para as quais defendem existir uma perda de poder negocial<sup>820,821</sup>. Este posicionamento contra os regimes de divórcio *no-fault* baseia-se numa visão da vida familiar que enfatiza os benefícios da especialização do trabalho na família e a consequente assunção do trabalho doméstico pelas mulheres, com os custos em termos de “capital humano” que estes esquemas implicam<sup>822</sup>. Na verdade, o divórcio

---

academia de elite. E isto espelha-se particularmente no Direito da Família, em que se levantam questões fundamentais como que tipo de vida nas famílias queremos promover e como os recursos sociais devem ser usados para atingir tal fim.

<sup>817</sup> Uma série de revisões críticas deste trabalho culminou numa análise dos dados em bruto de Weitzman pela investigação de Peterson que reputa os 73% de declínio do nível de vida das mulheres com o divórcio e do aumento de 42% dos homens como altamente imprecisos, apontando para 27% de declínio do lado das mulheres e 10% de melhorias no campo masculino. Richard R. Peterson, *Reevaluating the economic consequences*, 528-536. Estas conclusões receberam uma resposta de WEITZMAN com notas sobre o seu método de avaliação, em Lenore Weitzman, *The economic consequences of divorce*, 537 e 538 e uma contraresposta de PETERSON, sublinhando a preocupação comum com o declínio do nível de vida das mulheres em caso de divórcio. Richard R. Peterson, *Statistical Errors*, 539-540.

<sup>818</sup> Jana B. Singer, *Divorce Reform*, 1113.

<sup>819</sup> O movimento comunitarista, cujas posições a respeito da família são tão marcantes, não se pronuncia, no entanto, relativamente retorno ao divórcio baseado na culpa. Prefere valorizar os meios não coercivos de fortalecer a família, o aconselhamento pré-marital e durante o casamento, bem como o ensino de técnicas de resolução de conflitos. Amitai Etzioni, *Introduction*, xiii.

<sup>820</sup> Este argumento foi invocado na Mensagem do Presidente da República fundamentando o veto por inconstitucionalidade que exerceu e devolvendo o decreto para reapreciação”, in DAR II série A Nº.152/X/3 2008.09.10, ponto 7. Sustenta-se que ao deixar de estar ao dispor da parte mais frágil ou alvo da violação dos deveres conjugais a alegação da culpa do outro cônjuge ou a recusa no divórcio por mútuo consentimento perdem-se algumas possibilidades de salvaguardar o seu “poder negocial”, restando-lhe vias mais difíceis como a acção prevista no artigo 1792.º, no caso, designadamente, de ter sido vítima de maus-tratos.

<sup>821</sup> Gary S. Becker; Guity Nashat Becker, *The Economics of Life*, 99, 100 e 104.

<sup>822</sup> Lenore Weitzman, *The Divorce Revolution*, 474. Gary S. Becker; Guity Nashat Becker, *The Economics of Life*, 105. Daí também que, no contexto do *common law*, façam a defesa dos *marriage contracts*, argumentando que aumentam a segurança das mulheres e podem reduzir o número de divórcios ao encorajar as mulheres a optarem por ficar em casa. WEITZMAN explora as vantagens do *marriage contract*, face a uma realidade social que nem sempre quadra com as assunções feitas por parte do legislador relativamente aos nubentes e cônjuges, que invocam uma imagem de casamento por parte de jovens, caucasianos, de classe média, com filhos, que repartem o trabalho segundo o género e permanecem juntos durante toda a vida. Lenore J. Weitzman, *The Marriage Contract*, 227 a 254. E BECKER apresenta o direito matrimonial e os *marriage contracts* como “*long term protection*” para as mulheres especializadas no trabalho doméstico. Gary S. Becker, *A Treatise on the Family*, 31 e 44.

sem culpa é entendido como sendo ineficiente, já que, embora uma das partes possa ganhar mais com o divórcio, o ganho combinado de ambas as partes é menor<sup>823</sup>.

Os estudos feministas, por seu turno, dividem-se. Por um lado, consideram que o divórcio com base na culpa também se revela problemático para as mulheres e que a restrição do acesso ao divórcio constituiria um problema<sup>824</sup>. Por outro lado, para Autores como SPAHT, a culpa deve ser um factor relevante na imposição de consequências pós-divórcio. Daí que ponha em causa a estratégia assumida pelo ALI<sup>825</sup> no âmbito das prestações financeiras pós-divórcio, segundo o qual não se pode avaliar o comportamento das partes uma em relação à outra e que tal não deve ser relevante ao nível destes resultados, notando que a lei não tem problemas em fazer estas avaliações noutras áreas, como o direito dos contratos.<sup>826</sup>

Em sentido contrário pronuncia-se, todavia, EEKELAAR. Para o Autor, há boas razões para que a lei seja diferente quanto às relações pessoais – as relações de família cobrem um vasta e difusa área de actividade, o que torna a avaliação *moral* um processo incerto. Para além disso, defende que um processo judicial pode causar mais danos aos envolvidos, inclusivamente filhos<sup>827</sup>. É também a posição da CEFL, para a qual só a irrelevância da culpa evita uma indesejável investigação acerca do estado do casamento e permite respeitar a integridade pessoal e autonomia dos cônjuges<sup>828</sup>.

O *no-fault divorce* está hoje disseminado pelos cinquenta Estados dos Estados Unidos da América, quarenta anos após a Califórnia ter inaugurado a figura<sup>829</sup>. No contexto europeu, a eliminação da referência à culpa por parte dos legisladores nacionais não é tão generalizada, e há importantes ordenamentos jurídicos que têm

---

<sup>823</sup> Ann Laquer Estin, *Can Families Be Efficient?*, 19. Também sobre o ganho no divórcio, v. Gary S. Becker, *A Treatise on the Family*, 331 e ss.

<sup>824</sup> Ann Laquer Estin, *Can Families Be Efficient?*, 14. Também para June Carbone, *Economics, Feminism*, 1495, ligar soluções aos comportamentos culposos dos cônjuges teria efeitos dramáticos, teria um impacto negativo no poder negocial em vários casamentos. O sistema de restituição impõe um preço menor a cônjuges que ganhem mesmo na sua decisão de terminar o casamento e melhora o seu poder negocial no casamento.

<sup>825</sup> Para Spaht, o ALI rejeita uma visão moral da relação conjugal assente no direito à vida privada. Katherine S. Spaht, *Post-modern marriage*, p. 268. Lembre-se que, com a proposta dos *compensatory payments*, o ALI pretendeu substituir as figuras alimentares (alimony), daí a relevância da referência nesta sede.

<sup>826</sup> *Ibidem*, 257.

<sup>827</sup> John Eekelaar, *Family Law and Personal Life*, 109.

<sup>828</sup> Katharina Boele-Woelki et al., *Principles of European Family Law*, 55.

<sup>829</sup> O primeiro Estado a adoptar o *no-fault divorce* foi a Califórnia com o *California Family Law Act* de 1969, que entrou em vigor em 1 de Janeiro de 1970. Nova Iorque foi o 50. Estado a acolher a figura. A *No-Fault Divorce Bill* data de 15 de Agosto de 2010.

demonstrado dificuldade em abandoná-la<sup>830</sup>, mas não pode deixar de se notar um desenvolvimento nesse sentido<sup>831,832</sup>.

No contexto nacional, as vozes também não são unânimes. É certo que o regime anterior à Reforma de 2008 já recebia críticas, ancoradas na defesa da impossibilidade de decretar uma culpa verdadeira, que se considerava difícil de atribuir a um dos cônjuges nos casamentos de longa duração<sup>833</sup> e na fraca admissibilidade de uma intromissão do tribunal na vida privada e íntima dos cônjuges<sup>834</sup>. E hoje, do lado da nova solução, GUILHERME DE OLIVEIRA vem sublinhar a inadequação da ideia de sanção, do divórcio como um castigo para o culpado, ainda que só ao nível das consequências patrimoniais, no quadro do divórcio europeu<sup>835</sup>.

Todavia, a mudança de paradigma também não foi pacífica. A doutrina portuguesa encontra-se claramente dividida<sup>836</sup>. Na verdade, mesmo Autores tendencialmente favoráveis à eliminação da culpa, como CRISTINA ARAÚJO DIAS<sup>837</sup> e DUARTE PINHEIRO<sup>838</sup>, manifestam preocupações quanto às suas consequências, tal como foram configuradas pela Reforma de 2008. Do outro lado da barricada, todavia, as críticas são mais fortes. SOTTOMAYOR vê no abandono da relevância da culpa um regime jurídico que faz perder as vantagens que o cônjuge inocente ou

<sup>830</sup> Cf. §49 Ehegesetz austríaca e S. 1 (2) b MCA 1973 inglês.

<sup>831</sup> Katharina Boele-Woelki et al., *Principles of European Family Law*, 55. Dando nota já desta evolução, Guilherme de Oliveira, *Queremos amar-nos*, 340 e 341.

<sup>832</sup> Masha Antokolskaia, *The Search for a Common Core*, 53 e 54.

<sup>833</sup> Cf. na jurisprudência nacional, o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 11 de Julho de 2006 (Sebastião Póvoas, Moreira Alves, Alves Velho), *Colectânea de Jurisprudência*, n. 192, Ano XIV, Tomo II, I, 2006, 158, no qual se defende que “[e]ncontrar culpas - únicas ou concorrentes - é tarefa difícil que implicaria um ajuizar exaustivo da vida em comum e imputações de causas de ruptura, com cargas de subjectivismo que, numa relação de intimidade, são de difícil conciliação com os princípios do nº2 do artigo 487º do Código Civil.”

<sup>834</sup> Já neste sentido, Maria João Romão Carreiro Vaz Tomé, *O Direito à Pensão*, 325.

<sup>835</sup> Guilherme de Oliveira, *A Nova Lei do Divórcio*, 16 e 17.

<sup>836</sup> A polémica suscitada pela Reforma de 2008 foi, aliás, testemunhada pela jurisprudência. Veja-se a título de exemplo o Ac. TRL 28-06-2012 (relatora Ana Luísa Geraldês) (Proc. 33/12.4TBBRR.L1-8), onde se escreve que a “Lei nº 61/2008, de 31 de Outubro, que introduziu a última reforma ao Código Civil em matéria de Direito da Família, ficou comumente conhecida pela “Lei do Divórcio” pelas alterações de vulto que instituiu no domínio do regime jurídico do divórcio – e que geraram grande polémica a nível Nacional - nomeadamente com o fim do divórcio por violação culposa dos deveres conjugais e com a consagração legal da possibilidade do divórcio ser decretado sem o consentimento do outro cônjuge.”

<sup>837</sup> Cristina Araújo Dias propunha que se mantivesse a declaração de culpa nos efeitos do divórcio, apesar de se proceder à eliminação das causas subjectivas de divórcio. Considera que a eliminação desta declaração faz com que, ao nível das consequências do divórcio se considerem ambos como culpados, “aplicando a solução que estava prevista para o cônjuge culpado”. Cristina M. Araújo Dias, *Uma Análise do Novo Regime*, 28.

<sup>838</sup> Jorge Duarte Pinheiro, *Ideologias e Ilusões*, 480. Na verdade, apesar de considerar positivo o fim da declaração de culpa no divórcio e das suas consequências patrimoniais negativas, considera que a Lei 61/2008, “não centrou a regulamentação jusfamiliar das consequências do divórcio na equidade” e que o novo regime também padece da rigidez e aleatoriedade, porque, em geral, trata de forma idêntica os cônjuges, não obstante os seus comportamentos. Jorge Duarte Pinheiro, *Ideologias e Ilusões*, 480.

declarado menos culpado teria do ponto de vista das indemnizações, partilha de bens e outros benefícios. A Autora considera que a lei actual seria adequada numa sociedade em que não houvesse desigualdade de facto entre homens e mulheres, nem violência de género, mas que, no quadro contemporâneo, em que as mulheres continuam a assumir um estatuto de subordinação, o regime jurídico adoptado assenta numa ficção, acabando por desproteger as vítimas de violência doméstica<sup>839</sup> e as que assumiram os encargos com o trabalho doméstico e o cuidado dos filhos, durante o casamento<sup>840</sup>. Também HÖRSTER adopta uma postura crítica relativamente ao que considera ser a desresponsabilização dos cônjuges quanto às causas que contribuíram para o fracasso do seu casamento e defende que se poderia ter mantido a relevância da culpa ao nível dos efeitos do divórcio, para proteger os interesses morais do cônjuge inocente ou menos culpado<sup>841</sup>.

#### **1.1.1.4. O pressuposto (secundário) da culpa e natureza indemnizatória dos alimentos**

Resulta hoje claro da lei que o reconhecimento de um direito de alimentos pós-divórcio está desligado da causa do divórcio enquanto tal. Na verdade, a lei determina agora que qualquer dos cônjuges tem direito a alimentos, “independentemente do tipo de divórcio” (artigo 2016.º, n.º 2)<sup>842</sup>. Significa isto que, face à lei actual, é indiferente que estejamos perante um divórcio por mútuo consentimento ou um divórcio sem o consentimento do outro cônjuge, dos termos em que correram e, neste último caso, da causa invocada<sup>843</sup>. Mas significa, principalmente, que o legislador se quis demarcar do sistema anterior em que a

---

<sup>839</sup> À violência doméstica corresponde uma reacção de natureza penal, obrigatória, por se tratar de crime público (art. 152.º Código Penal e artigo 48.º do Código de Processo Penal).

<sup>840</sup> A Autora defende uma “forma de feminismo empático com os sentimentos das mulheres” como base das reformas legislativas, com efeitos práticos, em detrimento de uma aproximação geral e abstracta que corre o risco de se determinar em função de uma sociedade futura, deixando-as desprotegidas em fases de transição. Maria Clara Sottomayor, *Uma Análise Crítica*, 14.

<sup>841</sup> Heinrich Ewald Hörster, *A responsabilidade civil entre os cônjuges*, 95 e 100.

<sup>842</sup> Cf. Princípio 2:1 dos Principles of European Family Law Regarding Divorce and Maintenance Between Former Spouses, p. 73.

<sup>843</sup> Já não se destaca, como antes, a situação do cônjuge que padece de alteração das faculdades mentais, que deram causa ao divórcio (art. 2016.º, n.º 1, al. b), na redacção dada pelo Decreto-Lei n.º 496/77, de 25 de Novembro)

culpa se apresentava como critério fundamental na determinação deste efeito do divórcio<sup>844</sup>.

Este foi, todavia, o sistema vigente durante quase quatro décadas na nossa lei. Na verdade, desde a entrada em vigor do Código Civil de 1967<sup>845</sup>, passou a ancorar-se a atribuição de alimentos na declaração de culpa. Tal fundamento levou a que parte da doutrina apontasse para o carácter indemnizatório dos alimentos pós-divórcio<sup>846</sup>. Na verdade, tratar-se-ia, deste prisma, de utilizar a prestação alimentícia para indemnizar o cônjuge inocente, reparando o prejuízo resultante da extinção prematura do dever conjugal de assistência, e que aquela obrigação viria substituir, se não prolongar<sup>847</sup>.

Esta leitura não era, no entanto, unânime. PEREIRA COELHO<sup>848</sup> insistia na caracterização da natureza da obrigação de alimentos entre ex-cônjuges como alimentar. Na verdade, apesar do papel da culpa neste contexto, continuou a reconhecer no regime legal as características do instituto alimentar – montante determinado em função das necessidades do alimentando e possibilidades do alimentante, irrenunciabilidade, intransmissibilidade, cessação com o fim da necessidade e inereditabilidade<sup>849</sup>. E assim, apesar de lhe assinalar natureza diferente da posição doutrinal anterior, continua a entender os alimentos pós-conjugais como o prolongamento da obrigação de alimentos entre casados (agora no artigo 1673.º, n.º 1)<sup>850</sup>.

---

<sup>844</sup> Cf. Princípio 2:1 dos *Principles of European Family Law Regarding Divorce and Maintenance Between Former Spouses*, p. 75 e 76, onde se explica que o princípio adoptado reflecte a *common core approach*, coerente com um sistema de divórcio em que a culpa é irrelevante.

<sup>845</sup> Mesmo na vigência da Lei de 1910, Adolfo Bravo reconhecia carácter indemnizatório da pensão de alimentos, quando requerida pelo inocente, filiando-se na norma do art. 2361 do CC. Adolfo Bravo, *Carácter da Pensão alimentar*, 508.

<sup>846</sup> ANTUNES VARELA parece inclinar-se no sentido do carácter indemnizatório da obrigação, que justificaria o facto de os alimentos onerarem, em primeira linha, o cônjuge declarado único ou principal culpado (Antunes Varela, *Direito da Família*, 525). Todavia, no Código Civil Anotado, com PIRES DE LIMA, reconhece que a tese indemnizatória não encontra base de apoio no direito português e que os princípios da responsabilidade não contribuem para a definição do regime dos alimentos. Pires de Lima; Antunes Varela, *Código Civil Anotado*, vol. V, 618.

<sup>847</sup> É assim que esta posição é sintetizada por Pereira Coelho, que a refuta. Pereira Coelho, *Curso*, 1970, 356.

<sup>848</sup> Persistiu portanto na posição que já sustentava face ao regime da Lei do Divórcio de 1910, que prescindia da culpa para efeito de reconhecimento de um direito a alimentos ao ex-cônjuges.

<sup>849</sup> Coelho, Francisco Manuel Pereira, *Curso de Direito de Família*, vol. I, Tomo 2.º, *Direito Matrimonial*, Unitas, Coimbra, 1970, 356 e 357. Lembra ainda que o facto de qualquer dos cônjuges poder pedir alimentos no caso de culpas iguais dos cônjuges significaria que não funcionava o princípio da compensação de culpas do artigo 570.º do Código Civil, próprio dos princípios da responsabilidade civil. *Idem*, 357.

<sup>850</sup> Nos mesmos termos, aliás, em que o fazia para a lei anterior. *Idem*. Também Ângela C. S. Cerdeira, *Da Responsabilidade Civil*, 162, se pronuncia a favor da natureza alimentar do dever de alimentos no direito português.



A concepção indemnizatória dos alimentos entre ex-cônjuges foi também particularmente cara à doutrina italiana maioritária com base nas formulações da Lei do Divórcio de 1970 (l. n. 898/1970) até à reforma de 1987 (l. n. 74/1987)<sup>851</sup>. Na verdade, atribuía-se natureza composta ao *assegno di divorzio*, também ressarcitória, em virtude da referência às razões que haviam conduzido ao divórcio como elemento a ter em conta para que fosse concedido. Esta posição ia, aliás, mais longe – viam-se naqueles elementos fundamentos autónomos para a concessão do *assegno*, prescindindo, assim, da situação de carência económica do alimentando<sup>852</sup>.

No ordenamento jurídico português, o entendimento acerca do carácter indemnizatório da pensão alimentícia, se já não era unânime, perdeu em 2008 o argumento da declaração de culpa. Assim, faltando um contexto em que a violação culposa dos deveres conjugais constitui fundamento para decretar o divórcio e a determinação da culpa dos cônjuges se associa à produção dos seus efeitos, deixa de fazer sentido configurar uma obrigação de alimentos a favor do inocente, lesado pela ruptura matrimonial a que a mencionada conduta culposa havia conduzido<sup>853</sup>. Na verdade, a função ressarcitória dos alimentos pós-conjugais não se concilia facilmente com o sistema de divórcio actual, com a sua feição dominante do divórcio-constatação da ruptura do casamento.

Esta concepção do divórcio que se desfez da culpa como pilar e como critério determinante das suas consequências apresenta-se como um passo na consolidação de um caminho bem visível a partir dos anos 70<sup>854</sup> e que teve a sua expressão clara entre nós na Reforma de 1977. Representa-se como uma visão da família que tende a valorizar os seus elementos, cortando com a “preocupação com a base patrimonial da família, em si e por si”<sup>855</sup>, de que a Reforma de 2008 se quis mostrar como concretização mais acabada – uma expressão da “sentimentalização” da família<sup>856</sup>. Este é um movimento que coincide socialmente com a entrada em larga escala das

---

<sup>851</sup> C. Massimo Bianca, *Diritto Civile*, 248, e Antonino Totaro, *Gli Effetti del Divorzio*, 1632.

<sup>852</sup> Tommaso Auletta, *Diritto di Famiglia*, 247, e Antonino Totaro, *Gli Effetti del Divorzio*, 1632.

<sup>853</sup> LOBO XAVIER considera que o novo modelo de divórcio torna “desajustada a ideia da constituição de um direito a alimentos de carácter indemnizatório”. Rita Lobo Xavier, *Recentes Alterações*, 43.

<sup>854</sup> Veja-se que a *no fault revolution* se iniciou nos Estados Unidos da América em 1969, na Califórnia (Sanford Katz, *Family Law in America*, 80) e que foi a Reforma alemã da 1. EheRG de 1976 que adoptou o Zerrütungsprinzip (N. Dethloff, *Familienrecht*, 174).

<sup>855</sup> Maria de Nazareth Lobato de Guimarães, *Alimentos*, 172.

<sup>856</sup> Guilherme de Oliveira, *A Nova Lei do Divórcio*, 16. Ver também, Exposição de Motivos do Projecto de lei n.º 509/X, p. 4.

mulheres casadas no mercado de trabalho e a sua mudança de estatuto social<sup>857</sup>, fenómenos que também entre nós se verificaram e que vieram assumir dimensão crescente. E que também se associa a uma ideia de “individualização”, entendida como a “liberdade de assumir para si, aceitando também para os outros, a escolha de modos próprios de encarar e viver a vida privada” e que reclama “[m]aior liberdade na vida privada, mais margem de manobra individual” e a possibilidade de voltar à conjugalidade<sup>858</sup>, que ambiciona o quadro propício do *clean break*.

Assim, estavam criadas as condições – e a vontade legislativa – para emergir reforçada a ideia de que, após a dissolução do casamento e conseqüente extinção do vínculo matrimonial, cada um dos cônjuges tem a obrigação de prover à sua subsistência<sup>859</sup>. Tal não significou, todavia, a eliminação da obrigação de alimentos. Na verdade, apesar de um quadro jurídico e social mais igualitário, persistem as razões que justificam as figuras alimentares, porque apesar da presença crescente das mulheres no mercado de trabalho, continua a existir um desequilíbrio de distribuição dos papéis conjugais, com as conseqüências económicas que daí advêm. Assim, e não obstante a concepção contemporânea igualitária de casamento, existe uma inércia nos comportamentos conjugais que justifica a persistência de figuras tradicionais<sup>860</sup>. E, apesar de se proporem novas formas (em particular, a partilha) para lidar com as situações existentes de carência ou de precariedade económica, que evitem o potencial de conflito e a dificuldade em assegurar o cumprimento dos alimentos, estas raramente são suficientes<sup>861</sup>. Testemunho desta relutância em abandonar os alimentos pós-divórcio é o lugar de destaque que lhes foi concedido no âmbito dos trabalhos da CEFL. Na verdade, ao empreender a elaboração dos princípios relativos ao divórcio, elegeram-se como conseqüência deste a ser tratada concomitantemente, precisamente, a obrigação de alimentos entre ex-cônjuges.

---

<sup>857</sup> Anália Torres, *Divórcio em Portugal*, 6 e ss.

<sup>858</sup> É a leitura realizada na Exposição de Motivos do Projecto de lei n. 509/X, p. 6 e 7.

<sup>859</sup> Criticando a relação necessária que se tem estabelecido entre auto-suficiência e divórcio sem culpa, ver Uwe Diederichsen, *Zum Denken in Rechtsbegriffen*, 24 e 25. Para Diederichsen o princípio básico, que domina a relação dos cônjuges divorciados em termos de direito dos alimentos, o princípio da auto-responsabilidade (*Eigenverantwortung*) (§ 1569 BGB) não é uma “conseqüência” de um regime do divórcio sem culpa, apesar de assim ter sido considerado. E não o é porque, além de poderem ser negados alimentos ao cônjuge que não teve culpa no divórcio, com fundamento no § 1569 BGB, a própria consagração é alvo, ela própria, no seio deste sistema, quase da sua negação, uma vez que através das previsões de excepção dos §§ 1570ff. BGB se expõem quase todas as situações relativas a conseqüências do divórcio.

<sup>860</sup> Cécile Bourreau-Dubois, Myriam Doriât-Duban, *Analyse économique*, 216. Note-se que Bourreau-Dubois e Doriât-Duban utilizam o termo *prestation compensatoire* num sentido abrangente que inclui figuras alimentares.

<sup>861</sup> Mary Ann Glendon, *The New Family and the New Property*, 60.

### 1.1.1.5. Relevância da conduta dos cônjuges. A cláusula de equidade do artigo 2016.º, n.º 3.

Apesar do movimento assinalado, o abandono total do papel da culpa no divórcio tem-se revelado problemático, particularmente na área dos alimentos. Como GLENDON nota, no contexto internacional, parece haver uma tendência nos países que passaram a centrar os alimentos pós-divórcio na necessidade do cônjuge, no sentido de que as faltas dos cônjuges praticadas durante o casamento não devem constituir um impedimento absoluto à concessão de alimentos a um ex-cônjuge, mas tem sido difícil eliminar completamente a consideração de comportamentos dos cônjuges passíveis de censura, quando estes se revelam intoleráveis<sup>862</sup>. Terá sido esta dificuldade que levou o legislador de 2008 a abrir uma janela para a apreciação da conduta dos cônjuges, no artigo 2016.º, n.º 3 (redacção da Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro), quando, à partida, tencionava fechar-lhe completamente a porta, através da eliminação geral da declaração de culpa<sup>863</sup>.

Não é de estranhar que tenha sido, precisamente, na área do direito alimentar que esta particular sensibilidade tenha sido despertada<sup>864</sup>. Esta é uma área, sem dúvida, atreita à ponderação da conduta das partes envolvidas<sup>865</sup>. E tal afeição extravasa das relações entre cônjuges e ex-cônjuges. Na verdade, no próprio regime geral dos alimentos, a “dignidade de receber” releva para que o alimentado possa beneficiar dos alimentos (cf. artigo 2013.º, alínea c))<sup>866</sup>.

Foi, assim, criada uma cláusula de equidade no artigo 2016.º, n.º 3, que permite, com base na ponderação das circunstâncias concretas do caso, negar o direito de alimentos, que tinha sido aberto a “qualquer dos cônjuges” pelo n.º 2 do mesmo artigo.

---

<sup>862</sup> Mary Ann Glendon, *The Transformation of Family Law*, 233, e Catherine Labrusse-Riou, *Sécurité d'existence et sécurité familiale*, 126 e 127.

<sup>863</sup> Testemunho desta tensão entre a vontade legislativa de eliminar a consideração da culpa nos efeitos do divórcio e a insistência em não desconsiderar o comportamento dos cônjuges é o enunciado do Princípio 5 da Recomendação n.º R(89)1 do Conselho da Europa, que, por um lado, determina que a culpa não deve ser tomada em conta na determinação das contribuições, mas por outro lado, abre a possibilidade de as legislações preverem que estas sejam recusadas ou reduzidas se o requerente teve uma conduta gravemente culposa. A lei portuguesa seguiu este caminho.

<sup>864</sup> Rita LOBO XAVIER chegou a aventar que este recurso à equidade de poderia traduzir afinal “[n]um rebate de consciência ético-jurídica dos subscritores do Projecto de Lei que pugnam pela irrelevância do ilícito conjugal culposos no contexto do divórcio. Rita Lobo Xavier, *Recentes Alterações*, 44.

<sup>865</sup> Ver também artigo 2019.º e a referência à indignidade para receber o “benefício pelo seu comportamento moral”, de que trataremos em Cap. VI B.

<sup>866</sup> Maria de Nazareth Lobato de Guimarães, *Alimentos*, 185 e 186.

O facto de se ter recorrido a este expediente jurídico não foi isento de críticas. No parecer que dedicou ao diploma reformador do regime do divórcio, a APMJ expressou os seus receios de que o carácter indeterminado da norma conferisse um poder discricionário ao julgador(a) e pudesse vir a ser aplicada contra as mulheres<sup>867</sup>.

Ora, o recurso ao conceito de equidade não é de todo estranho ao Direito da Família e não é, por si só, de evitar<sup>868</sup>. Nem a desconfiança no julgador que aquela posição expressa deve ser, por princípio, sufragada<sup>869</sup>. O julgador é o intérprete por excelência das normas jurídicas<sup>870</sup>. O juiz não tem a possibilidade de agir arbitrariamente quando decide ao abrigo da equidade, já que o juízo de equidade é ainda um juízo jurídico, ainda que adaptado à singularidade do caso concreto<sup>871</sup>.

Para além disso, poder-se-ia dizer que o problema que pode ser levantado por esta norma – de carácter geral e abstracto – não será saber se é aplicado contra as mulheres, mas se é aplicado injustamente contra qualquer dos cônjuges. Todavia, esta seria uma resposta sofisticada. Na verdade, são as mulheres que se encontram de forma maioritária em situação de necessidade que justifique requerer alimentos. Desta forma, os comportamentos especialmente gravosos que são visados pelas “razões manifestas de equidade” serão avaliados, predominantemente, junto de

---

<sup>867</sup> APMJ, Parecer, 10.

<sup>868</sup> Vejam-se, desde logo, os processos de jurisdição voluntária em matéria de direito da família. O artigo 987.º do novo Código de Processo Civil de 2013, que reproduz o artigo 1410.º da codificação que o precedeu, determina o predomínio da equidade sobre a legalidade estrita, *i.e.*, permite que o decisor se guie por critérios de conveniência e oportunidade em detrimento das directivas legais. Embora esta abertura para os referidos critérios não possa significar abandono do direito estrito em busca do justo, já que são abertas pela própria lei (cf. artigo 4.º do CCiv), a) são facultades que apelam para as ideias da “justiça do caso concreto”. E podem ser feitas valer, entre outras, nas providências relativas aos filhos e aos cônjuges (alimentos a filhos maiores ou emancipados, atribuição da casa de morada de família, contribuição do cônjuge para as despesas domésticas), na separação e divórcio por mútuo consentimento, processos de suprimento do consentimento, ou relativamente à autorização ou confirmação de actos cuja validade dependa de autorização judicial e providências relativas ao conselho de família. Sobre a jurisdição voluntária na família, ver Angelo Jannuzzi, Paolo, Lorefice, *Manuale della Volontaria Giurisdizione*, 83 ss.

<sup>869</sup> Não nos passa despercebida a polémica em torno das normas que permitem um amplo poder de modelação por parte do juiz. No pressuposto de que dariam demasiado poder aos juizes, GLENDON critica a *equitable distribution* e a possibilidade de estes atribuírem pensões injustas e inconsistentes. Mary Ann Glendon, *New Family*, 64. Também WEITZMAN, assaltada por estes receios, defende a necessidade de regras claras, como a regra da “*equal division*”. Lenore Weitzman, *Marital Property*, 91. Mas mesmo do lado dos estudos feministas, em que está bem presente a crítica às *discretionary rules*, defende-se a necessidade dos juizes terem maior flexibilidade, nomeadamente na atribuição da casa de morada de família, não obstante a crítica de WEITZMAN de que os dados desmentem esta posição e de que há relutância por parte dos juizes em atribuir a casa quando têm liberdade para o fazer. Não nos parece, todavia, que a solução para esta tendência seja retirar o poder de conformação aos tribunais, mas sim, tal como foi proposto pela *California Senate Task Force on Family Equity*, criar programas de formação judicial.

<sup>870</sup> Isto apesar de ser dado nota que pontuam a actualidade posições radicalmente opostas relativamente ao recurso à equidade, de feroz recusa, por parte de um certo neopositivismo, ou de extrema liberdade, como nos é apontado por Busnelli. Francesco Donato Busnelli, *Notas en Tema de Buena Fe y Equidad*, 100, 102.

<sup>871</sup> Sobre o carácter jurídico da equidade já em Aristóteles, ver Vittorio Frosini, *Il giudizio di equità*, 146

requerentes do sexo feminino; o cônjuge trabalhador ou que mais investiu na sua carreira profissional – que será, por regra, o cônjuge do sexo masculino – não será, na maior parte dos casos, desfavoravelmente atingido por esta avaliação, mas a mulher em situação de necessidade perderá os seus meios de subsistência<sup>872</sup>.

É certo que eventuais injustiças que decorram desta norma dependerão do entendimento que se tenha das “razões manifestas de equidade”. Segundo GUILHERME DE OLIVEIRA, não está em causa realizar uma “averiguação exaustiva das culpas”, transferindo para esta sede o processo tradicional de determinação e graduação da culpa. Trata-se antes de detectar as situações em que é “*manifestamente* iníquo obrigar um cônjuge a prestar solidariedade àquele que lhe pede alimentos”<sup>873,874</sup>. Na Exposição de Motivos do Projecto de Lei n.º 509/X, classificam-se estas situações como “em casos especiais que os julgadores facilmente identificarão” e que justificam que o direito de alimentos seja negado ao ex-cônjuge em situação de necessidade “por ser chocante onerar o outro com a obrigação correspondente”<sup>875</sup>.

Interessa, neste ponto, atentar, mais uma vez, nos trabalhos da CEFL, pelo papel inspirador da lei que lhe foi reconhecido. No Princípio 2:6 relativo aos alimentos entre ex-cônjuges é invocado o conceito de *exceptional hardship*<sup>876</sup>. A CEFL conclui que, na maior parte dos sistemas em que a culpa não é relevante para efeitos de concessão de alimentos, existe um *common core* no sentido de prever uma *hardship clause*, que geralmente se associa à conduta do cônjuge credor. E reconhece que a análise comparativa não aponta para uma interpretação demasiado estrita que a limite a casos extremos (como, por exemplo, homicídio na forma tentada contra a pessoa do cônjuge), mas aceita variados factores. Daí que, no Princípio 2:6, não opte por consagrar uma lista fechada. Todavia, contrabalança esta

---

<sup>872</sup> Raciocínio análogo construiu-se relativamente à aplicação do princípio da culpa no âmbito do direito dos alimentos. Recebeu-se que pudesse fundar um tratamento desigual de homens e mulheres (principalmente das donas de casa) no casamento. Maria João Romão Carreiro Vaz Tomé, *O Direito à Pensão*, 325.

<sup>873</sup> Guilherme de Oliveira, *A Nova Lei do Divórcio*, 30.

<sup>874</sup> Já para VAZ TOMÉ, através desta disposição, a culpa continua a desempenhar “algum papel” e “ressurge assim timidamente, pois o legislador ter-se-á confrontado com a dificuldade da sua eliminação”. Maria João Romão Carreiro Vaz Tomé, *Considerações sobre alguns efeitos patrimoniais*, 166.

<sup>875</sup> Exposição de motivos do Projecto de lei n.º 509/X.

<sup>876</sup> Na versão francesa “*dureté exceptionnelle*” e na versão alemã “*Außergewöhnliche Härte*”. Katharina Boele-Woelki et al., *Principles of European Family Law*, 100.

abertura com a advertência de que se deve considerar este expediente como excepcional, para que a culpa não volte a entrar no sistema<sup>877</sup>.

Ora, não pode deixar de se concluir que, apesar da anunciada facilidade em detectar estes casos, não há como contornar uma apreciação da conduta conjugal. O problema essencial é balizar os termos desta apreciação, criar *bitolas de decisão*<sup>878</sup>, que afastem os receios que uma *concepção emotiva e irracional* de equidade inspiram<sup>879</sup> e permitam dar uma resposta dotada de objectividade às seguintes perguntas. O que são “razões manifestas de equidade”? O que será *manifestamente* iníquo?

A própria lei faz uma aproximação à ideia de que existem comportamentos inadmissíveis para um alimentando quando se debruça sobre as causas de cessação da relação alimentar<sup>880</sup>. Assim, estatui que a obrigação de prestar alimentos cesse, no regime geral, “quando o credor viole gravemente os seus deveres para com o obrigado” (artigo 2013.º, alínea c)) e, nas regras que dizem respeito aos ex-cônjuges, “se o alimentado (...) se tornar indigno do benefício pelo seu comportamento moral” (artigo 2019.º). É certo que estamos aqui perante causas de cessação da atribuição de alimentos, mas, como ensina LOBATO DE GUIMARÃES, normalmente, estas são também “causas de não receber”<sup>881</sup>, que justificam que esta não se conceda *ab initio*.

Ainda assim, as formulações legais continuam a ser indeterminadas. Não foi essa a opção do legislador alemão no § 1579 do BGB, que previu uma cláusula detalhada para negar ou restringir os alimentos prestados (*negative Billigkeitklausel*)<sup>882</sup>. Neste sistema, os alimentos pós-divórcio podem ser limitados ou negados por *grave iniquidade (grober Unbilligkeit)* por motivos tão diversos como a curta duração do casamento (com excepção dos alimentos que são concedidos ao abrigo do § 1570, com fundamento no cuidado e educação de filho dos cônjuges) (1.), coabitação em “comunidade de vida” (*Lebensgemeinschaft*) do cônjuge requerente (2.), prática por este de crime ou delito grave intencional contra

<sup>877</sup> Katharina Boele-Woelki et al., *Principles of European Family Law*, 103.

<sup>878</sup> Sobre o recurso à equidade António Menezes Cordeiro, A decisão segundo a equidade, 269 e 270.

<sup>879</sup> Giuseppe Tucci, L'equità del Codice Civile, 494.

<sup>880</sup> Neste sentido, Rita Lobo Xavier, *Recentes Alterações*, 44.

<sup>881</sup> Isto, apesar de excluir causas automáticas de exclusão, Maria de Nazareth Lobato de Guimarães, *Alimentos*, 185 e 186.

<sup>882</sup> Gernhuber, Coester Waltjen, *Familienrecht*, 317.

o obrigado ou seu familiar próximo (3.), o facto de o alimentando se ter colocado intencionalmente em situação de carência<sup>883</sup> (4.) ou intencionalmente ter posto em causa sérios interesses patrimoniais do devedor (5.), mas também o facto de o requerente, durante a vida comum, ter violado de forma grosseira o seu dever de contribuir para a manutenção da família (6.) ou de ter sido claramente responsável por comportamento inapropriado contra o obrigado (7.), bem como qualquer outra razão tão séria como as referidas (8.)<sup>884</sup>.

A lista da lei alemã apresenta também afinidades com uma norma do ordenamento jurídico português que extravasa o âmbito alimentar – o artigo 2166.º do Código Civil, que trata da deserdação. Nesta disposição, permite-se que o autor da sucessão, em testamento, prive da legítima o herdeiro legitimário, invocando uma das causas previstas na lei. E, entre estas causas encontram-se a condenação do sucessível por crime doloso cometido contra a pessoa, bens ou honra do autor da sucessão, ou do seu cônjuge, ou de algum descendente, ascendente, adoptante ou adoptado, desde que ao crime corresponda pena superior a seis meses de prisão, a condenação por denúncia caluniosa ou falso testemunho contra as mesmas pessoas, e o facto de o sucessível, sem justa causa, ter recusado ao autor da sucessão ou ao seu cônjuge os devidos alimentos. São, portanto, causas cujo conteúdo se aproxima ou mesmo coincide com os n.ºs 3., 6. e mesmo 7., do § 1579 do BGB.

Ora, as causas de deserdação no direito português nem sempre foram estranhas à relação alimentar. Na versão original do Código Civil, a alínea c) do artigo 2013.º previa que a obrigação de prestar alimentos cessasse quando se verificasse algum dos factos que legitimam a deserdação. A Reforma de 1977 reformulou as suas exigências, optando pela formulação mais genérica da alínea c): “quando o credor viole gravemente os seus deveres para com o obrigado”. Isto significa, em nosso entender, que a lei pretendeu afastar-se do carácter fechado do artigo 2166.º, mas não dos factos nele previstos que constituem, eles próprios, violações graves de deveres para com o obrigado<sup>885,886</sup>.

---

<sup>883</sup> Na Grécia, onde se opta por um sistema de causa única, esta reside no facto de se ter causado a sua própria pobreza. AA. VV., *European Family Law in Action*, vol. II, 449.

<sup>884</sup> Esta não é, todavia, uma cláusula geral aberta, mas está em conexão com os casos da norma. Gernhuber, Coester Waltjen, *Familienrecht*, 323.

<sup>885</sup> Apesar da proximidade da indignidade sucessória e da deserdação que se precipita no facto de o deserddado ser equiparado ao indigno para todos os efeitos legais (art. 2166.º, n.º 2), as figuras não estão no mesmo plano. Desde logo, as situações fácticas que estão na base da cada uma não se identificam. É certo que, como nota Capelo de Sousa, nos “limites superiores dos crimes previstos na al. a) e b) do artigo 2166.º estão os crimes das als. a) e b) do artigo 2034.º”, mas o extremo de menor gravidade do espectro destes comportamentos não é abrangido pela indignidade. E, para além

A CEFL, na explanação que faz do princípio mencionado, crê que são de considerar casos cuja gravidade seja tal que não se pode esperar que os alimentos pós-divórcio tenham lugar. E aponta como exemplos casos extremos de faltas graves, maus-tratos, violência doméstica, administração ruinosa, desconsideração pelos interesses do credor (“*disregarding the interests of the creditor*”), entre outros<sup>887</sup>.

Há ainda uma última questão a tratar relativamente à idoneidade do ex-cônjuge para requerer alimentos. HÖRSTER ocupou-se deste problema, enquadrado pela concepção de divórcio que considera emergir do novo regime. Para o Autor, foi consagrado o modelo do “divórcio-repúdio”, na medida em que se permite o divórcio sem o consentimento de um dos cônjuges, “por vontade subjectiva e unilateral de um deles”. Assim, argumenta que quem tenha requerido o divórcio perde o favor da *solidariedade conjugal*, dado que a solução “repudiado mas obrigado (a pagar)” constituiria um abuso de direito. Para HÖRSTER, esta situação cairia dentro das “razões de manifesta equidade” que justificam que os alimentos sejam negados<sup>888</sup>.

Aderimos às ideias do Autor, no sentido em que também nos parece que o regime dos alimentos pós-divórcio deve ser coerente com a concepção de casamento e de divórcio que emerge da Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro, e com os próprios fundamentos e natureza que lhes podem agora ser atribuídos. No entanto, a aceitação desta construção do ponto de vista estrutural não nos pode levar à mesma conclusão, pelo facto de entendermos de forma diversa o modelo de divórcio que foi consagrado<sup>889</sup>. É certo que a previsão da causa da alínea d) do artigo 1781.º, pela sua indeterminação, concede uma grande abertura para aceder ao divórcio. No entanto, não se basta aqui com a vontade unilateral de um dos cônjuges. Há que alegar e fazer prova de *factos*, não do mero intento de terminar a relação conjugal. E estes factos terão de consubstanciar “a ruptura definitiva do casamento”, ou seja, terão de se

---

disso, a al. c) do artigo 2166.º não é fundamento de indignidade. Rabbindranath Capelo de Sousa, Lições de Direito das Sucessões, vol. I, 303, nota 781.

<sup>886</sup> O Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 05/02/2013 (Ana Cristina Duarte) (proc. 198/11.2TCGMR.G1) ([www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)) condensa a seguinte fórmula: “direito a alimentos só deve ser negado ao ex-cônjuge necessitado quando for *chocante* onerar o outro com a obrigação correspondente” (itálico nosso)

<sup>887</sup> Katharina Boele-Woelki et al., *Principles of European Family Law*, 103.

<sup>888</sup> Heinrich Ewald Hörster, *A responsabilidade civil entre os cônjuges*, 102, nota 20.

<sup>889</sup> Também não nos parece que, como aponta DIAS COSTA, o espírito da lei seja o de, ao fazer depender o divórcio da mera vontade dos cônjuges, sujeitar a extinção da relação matrimonial ao regime geral dos contratos. Eva Dias Costa, *A eliminação do divórcio litigioso*, 55.



revestir de uma tal gravidade que possa revelar o fim do casamento<sup>890</sup>. Tratar-se-á, assim, do modelo assente numa “situação de ruptura do casamento, objectivamente considerada, que o divórcio deverá pura e simplesmente constatar”<sup>891</sup> – que é precisamente a definição de PEREIRA COELHO de *divórcio-constatação da ruptura do casamento*<sup>892</sup>.

Para além disso, a justiça do caso concreto que o conceito de equidade convoca pode justificar que mesmo o cônjuge que pediu o divórcio com o fundamento na alínea d) do artigo 1781.º seja merecedor de alimentos. Pense-se, como tantas vezes foi invocada na discussão do novo regime do divórcio, na situação do cônjuge vítima de violência doméstica. O fundamento para pedir divórcio poderá ter de ser a mencionada disposição e também não se nos afigura equitativo que, por ter sido sua a iniciativa de romper o vínculo conjugal, deva perder a cobertura alimentar para as suas necessidades provadas.

## 1.2. NECESSIDADE DO ALIMENTANDO

### 1.2.1. Princípio da auto-suficiência

O princípio da auto-suficiência exprime a ideia de que, na sequência do divórcio<sup>893</sup>, se espera que cada um dos cônjuges assuma o encargo de prover à sua subsistência. Alinham-se, a favor desta ideia, argumentos tão díspares como o propósito de eliminar o contacto e o conflito entre ex-cônjuges, o efeito de incentivo para o cônjuge economicamente mais débil procurar uma actividade remunerada ou a intenção de expurgar a ideia de que o casamento garante indiscutivelmente um “seguro de vida” para o futuro<sup>894</sup>.

---

<sup>890</sup> Sobre o relevo dos factos que se podem subsumir à previsão da alínea d) do artigo 1781.º, v. Guilherme de Oliveira, *A Nova Lei do Divórcio*, 14.

<sup>891</sup> Pereira Coelho, *Divórcio e separação judicial de pessoas e bens*, 44.

<sup>892</sup> Também neste sentido, Guilherme de Oliveira que sublinha não ter sido consagrado o “divórcio a pedido”. Guilherme de Oliveira, *A Nova Lei do Divórcio*, 15. E Rita Lobo Xavier considera que não foi consagrado o “divórcio-repúdio” que, como a Autora bem nota, seria contrário à dignidade da pessoa humana e à instituição do casamento. Rita Lobo Xavier, *Liberdade Individual*, 500.

<sup>893</sup> Note-se que o princípio da auto-suficiência não é privativo dos alimentos pós-divórcio, mas é esta a questão que estudamos nesta sede. Ver infra. Sobre este princípio no contexto espanhol, v. Jordi Ribot Igualada, *Alimentos entre parientes*, 38 ss.

<sup>894</sup> O protolegisador de 2008, aliás, aludiu expressamente a esta ideia ao enunciar, a propósito das novas regras da partilha, que se visa “evita[r] que o divórcio se torne um meio de adquirir bens”. Exposição de motivos n.º 509-X, 14.

Foi este o princípio que a Reforma de 2008 do regime jurídico do divórcio português entendeu acolher expressamente com a nova formulação do n.º 1, do artigo 2016.º. Esta norma, inspirada em instrumentos internacionais e na opção de outros ordenamentos jurídicos<sup>895</sup>, mas, principalmente, nos princípios da CEFL<sup>896</sup>, prevê que “[c]ada cônjuge deve prover à sua subsistência, depois do divórcio”. Na verdade, o Princípio 2:2 elaborado pela CEFL consagra que “cada cônjuge responda às suas necessidades após o divórcio”, assumindo uma ideia de promoção da independência dos cônjuges<sup>897</sup> que já tinha sido expressamente adoptada pelo Conselho da Europa na sua Recomendação R(89)1 do Comité de Ministros dos Estados Membros relativa a Contribuições na Sequência de Divórcio<sup>898</sup>.

O facto de a auto-suficiência ser proclamada como a regra torna *excepcional* o reconhecimento de um direito a alimentos na sequência de divórcio<sup>899</sup>. Ou seja, os alimentos só operarão quando o instrumento primário da auto-suficiência se demonstrar impraticável<sup>900,901</sup>. Para além disso, ainda que num primeiro momento seja reconhecida uma obrigação alimentar, a auto-suficiência é eleita como o fim a atingir. Daí que, no quadro deste entendimento, a concepção de alimentos reabilitadores assumam particular relevância<sup>902</sup> – os alimentos concedem-se *para e até que* se atinja a almejada auto-suficiência.

---

Contra, encontramos a posição de Weitzman e a visão proposta dos “alimentos pós-divórcio” como uma “forma de seguro legal”, protecção ou pensão para o cônjuge que deu prioridade à carreira do outro e a cuidar dos filhos, em vez de investir na sua carreira e profissão. Lenore J. Weitzman, *Alimony: Its Premature Demise*, 258.

<sup>895</sup> Ver, por exemplo, a S. 25A(2) do MCA de 1973 inglês, o §1577 (1) do BGB alemão, o §79 da Lei do Casamento do Reino da Noruega ou §7 do Código do Casamento sueco.

<sup>896</sup> Princípio 2:2 dos Principles of European Family Law Regarding Divorce and Maintenance Between Former Spouses, p. 77.

<sup>897</sup> Princípio 2:2 dos Principles of European Family Law Regarding Divorce and Maintenance Between Former Spouses, p. 78.

<sup>898</sup> Ver Princípio 1, que determina que “Na sequência de divórcio, o objectivo deve ser, na medida do possível, que cada parte seja economicamente independente e auto-suficiente”. Cf. Recomendação R(89)1 do Comité de Ministros dos Estados Membros relativa a Contribuições na Sequência de Divórcio (Adoptada pelo Comité de Ministros em 18 de Janeiro de 1989 na 423.ª reunião)

<sup>899</sup> Isto é reconhecido pela Doutrina nacional subsequente a 2008. Veja-se Guilherme de Oliveira, *A Nova Lei do Divórcio*, 29, e Pinheiro, J. D. Ideologias e Ilusões, 480 e 481, nota 9.

<sup>900</sup> Angelo Falzea, *Il dovere di contribuzione*, 620.

<sup>901</sup> Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 17/9/2013 (Afonso Henrique) (proc. 13588/13.T28NT-1) ([www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)). Segundo o tribunal da Relação de Lisboa, face à ratio do novo regime de alimentos pós-divórcio e aos critérios definidos no art.º 2016.ºA do CCiv não podem ser requeridos alimentos, “sendo certo que se provou que a requerente não fez qualquer esforço para conseguir um emprego”.

<sup>902</sup> Já face ao regime anterior, Remédio Marques mencionava este objectivo – “um dos ex-cônjuges ajude financeiramente o outro – e pelo tempo *estritamente necessário* para que o carecido passe a dispor de meios económicos que o tornem verdadeiramente auto-suficiente”. J. P. Remédio Marques, *Algumas notas*, nota 214, p. 168.

Esta exigência não é, todavia, uma novidade no regime dos alimentos<sup>903</sup>, nem é privativa da relação entre ex-cônjuges<sup>904</sup>. Na verdade, resultava já dos requisitos gerais que, desde a versão original do actual Código Civil, determinam que na fixação dos alimentos se atenda “à possibilidade de o alimentando prover à sua subsistência” (artigo 2004.º, n.º 2)<sup>905</sup>. Assim, se o requerente conseguir responder às suas necessidades através do trabalho ou através de outros meios, o crédito não deve existir<sup>906</sup>. MOITINHO DE ALMEIDA, aliás, faz figurar a “possibilidade de o alimentando prover à sua subsistência”, ao lado das necessidades do alimentando e das possibilidades do obrigado, como terceira condição a considerar na determinação dos alimentos<sup>907</sup>.

Este posicionamento é ainda reforçado pelo *carácter residual* dos alimentos<sup>908</sup> face a outras providências. Tal quer dizer que o dever de alimentos pós-divórcio vem complementar outros mecanismos pós-divórcio se, apesar do funcionamento destes, persistir uma situação de necessidade<sup>909</sup>. Na verdade, mesmo uma vez realizada a partilha do património conjugal, atribuída a casa de morada de família ou determinado um crédito compensatório a favor de um dos cônjuges<sup>910</sup>, podem preencher-se os pressupostos da obrigação alimentar. Pense-se nos casos em que o património a partilhar é tão escasso que não é capaz, nem complementado pelos outros meios, de assegurar a subsistência do requerente. Assim, não obstante

---

<sup>903</sup> A referência, nos termos do n.º 2 do artigo 2004.º à possibilidade de prover à subsistência, não aparecia no Código de 1867. Na verdade, o artigo 178, deste Código foi transplantado para o n.º 1 do artigo 2004º do Código de 1966, mas acrescentou-se o n.º 2. Moitinho de Almeida, *Os Alimentos no Código Civil*, 96.

<sup>904</sup> Encontramos já no Assento de 9 de Abril de 1772 a clara enunciação relativa à obrigação de alimentos de que “He Regra, e Preceito geral de todos os Direitos Natural, Divino, e Humano, que cada hum se deve alimentar, e sustentar a si mesmo”. Manoel de Almeida e Souza de Lobão, *Tractado da obrigações recíprocas*, 2.

<sup>905</sup> Vaz Serra já classificava os alimentos como “um meio extremo”, que só seria justificável “[s]e o alimentando puder prover às suas necessidades através do trabalho ou outros meios”. Adriano P. S. Vaz Serra, *Obrigação de alimentos*, 117. Também ainda no contexto do regime anterior a 2008, Pereira Coelho e Guilherme Oliveira consideravam que a referência expressa do n.º 2 do artigo 2004.º à possibilidade de o alimentando prover à sua subsistência, reforçada pela abertura do artigo 2016.º, n. 3 a outros critérios, tornava nítido que “o ex-cônjuge deve procurar angariar proventos com o seu trabalho, exercendo as suas qualificações profissionais” – F. M. Pereira Coelho; Guilherme de Oliveira, *Curso*, 698 – e Remédio Marques encontrava este princípio implícito no artigo 2003.º do Código Civil. J. P. Remédio Marques, *Algumas Notas sobre Alimentos*, 42, nota 44. Rita Lobo Xavier também reconhece que “[...]já resultava da norma do n.º 2 do artigo 2004.º, integrada nas disposições gerais do Código Civil sobre alimentos”. Rita Lobo Xavier, *Recentes Alterações*, 38.

<sup>906</sup> Adriano P. S. Vaz Serra, *Obrigação de alimentos*, 117, e Maria de Nazareth Lobato de Guimarães, *Alimentos*, 174.

<sup>907</sup> Moitinho de Almeida, *Os Alimentos no Código Civil*, 96. Nesta sede refere-se à determinação da medida dos alimentos, enquanto na publicação do ano anterior, fazia perfilar como a terceira condição que determinava os elementos da obrigação alimentícia, o “vínculo obrigacional”. Moitinho de Almeida, *Dos Alimentos*, 272.

<sup>908</sup> ALI, *Principles of the Law*, 786.

<sup>909</sup> Maria de Nazareth Lobato de Guimarães, *Alimentos*, 189 e 210.

<sup>910</sup> Veja-se quanto ao momento em que são determinadas estas providências e à relação entre os pressupostos delas Cap. IV e Cap. I.

não se verificar necessariamente a definição daquelas consequências em momento anterior à fixação dos alimentos, uma vez determinadas, contribuirão para concretizar a situação de necessidade do alimentando e as possibilidades do obrigado.

#### 1.2.1.1. Concretização da auto-suficiência. Os meios do alimentado.

A auto-suficiência que se almeja implica que o pretense carenciado mobilize os meios ao seu dispor para fazer face às suas necessidades, pelo que se impõe determinar quais são tais recursos.

Desde logo, pode exigir-se que o requerente recorra aos seus bens para fazer face à necessidade que alega. A lei menciona os “rendimentos e proventos” do necessitado como circunstâncias que influem na sua necessidade (cf. artigo 2016.º-A, n.º 1)<sup>911</sup>. Mas a resposta à sua situação de carência pode ser encontrada não só nos *rendimentos (de bens, capitais, trabalho)*, mas no *património*<sup>912</sup> na sua globalidade. Desde logo, há que pensar no próprio *capital*.<sup>913</sup> Ora, quanto a esta

<sup>911</sup> No direito inglês, o tribunal, no exercício dos seus poderes discricionários pode considerar “quais recursos que considere relevantes”, lucros, juros, prémios de seguros, direito a pensões, benefícios sociais, indemnização por danos pessoais (*Mansfield v Mansfield* [2011] EWCA Civ 1056) e prémios de lotaria (*S v AG (Financial Orders: Lottery Prize)* [2011] EWHC 2637 Fam), bem como a capacidade de ganho das partes. R. Probert, *Cretney and Probert’s Family Law*, 201.

<sup>912</sup> F. M. Pereira Coelho, *Curso de Direito de Família*, vol. I, 1960, p. 858, nota 1. Maria João Romão Carreiro Vaz Tomé, *O Direito à Pensão*, 314.

<sup>913</sup> O conceito civilístico tradicional de património centrava-se nos bens tangíveis, objecto do direito de propriedade, que incidia, portanto, sobre as coisas (móveis ou imóveis). Este conceito vem, todavia, desde há muito a ser contestado e compreendido. Hoje, e apesar da indefinição legislativa, que permite diversas aplicações (António Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil*, Vol. I, Tomo II, 183), acolhe-se uma concepção mais ampla, que compreende o “conjunto das relações jurídicas avaliáveis em dinheiro pertencentes a uma pessoa”, na formulação de Mota Pinto (Carlos Alberto da Mota Pinto, *Teoria Geral do Direito Civil*, 346), ou o “conjunto de posições activas patrimoniais, unificado em função de determinado ponto de vista” (António Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil*, Vol. I, Tomo II, 183). Estes traços de expansão civilística são, aliás, replicados no plano do Direito Público e no entendimento constitucional da propriedade. Na verdade, decorrerá da própria forma como está consagrado o direito de propriedade na Constituição a sua extensão a um objecto mais amplo do que as coisas. Gomes Canotilho e Vital Moreira traçam o seu âmbito compreendendo também a propriedade científica, literária ou artística e outros direitos com valor patrimonial, como direitos de autor, direitos de crédito ou partes sociais, todos objectos de garantia constitucional. (J. J. Gomes Canotilho, Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. I, 800.) É certo, porém, que ao conceito jurídico de património, ainda que entendido de forma alargada, é apontada alguma estreiteza, que se reclamar que o conceito económico desta figura pode superar. Como nos dá nota GOMES, reclama-se que este último entendimento permite a inclusão de bens aos quais não corresponde, em princípio, um direito subjectivo do titular, como a clientela, mas que reclamam também tutela. Júlio Manuel Vieira Gomes, *O conceito de enriquecimento*, 251 a 253. Os desenvolvimentos do conceito de património interessam particularmente ao Direito da Família e, em particular, os avanços permitidos pela consideração da chamada *new property*. Esta conceptualização de uma “nova propriedade” partiu do trabalho de Charles Reich, de 1964. O Autor centra-se aqui na importância do emprego ou da profissão e dos benefícios relacionados com estas, tais como as prestações sociais, como as principais fontes de riqueza, destronando a “velha propriedade” no papel que representava enquanto “base económica para a liberdade” (Charles Reich, *The New Property*, 787). O fito de Reich é conceder uma tutela jurídica forte a estas novas formas de riqueza, configurando-as como verdadeiros *direitos*. *Ibidem*, 785, 787. Ver também a recepção deste conceito em P. Catalá, *La Transformation du Patrimoine*, especialmente 195-198 e 200. Um

última categoria, ter-se-á que distinguir entre bens produtivos, dos quais o seu proprietário pode obter um determinado valor, sem prejuízo da sua substância, e bens improdutivo. Nesta segunda situação, pode esperar-se que o necessitado sacrifique estes bens para fazer face à sua subsistência<sup>914</sup>. É possível que a alienação destes bens signifique uma *diminuição no nível de vida do necessitado*, traduzida, por exemplo, no facto de abdicar do uso do bem, mas tal não obsta a esta obrigação. No entanto, é necessário determinar se estes bens são passíveis de disponibilidade económica e se é possível, de facto, realizar o seu valor<sup>915</sup>. Há, adicionalmente, que ter em conta as consequências dessa alienação – nem sempre é expectável, nem razoável, que alguém se sustente através da realização de dinheiro pela venda do seu património<sup>916</sup>. A alienação da casa de morada de que se é proprietário, por exemplo, pode criar carências maiores do que as que supre. Na verdade, o facto de dispor de um imóvel para a sua habitação constitui um meio de responder a uma necessidade relevante<sup>917</sup>.

Ao contrário da lei portuguesa, que não resolve o assunto, a lei alemã refere-se de forma expressa às situações em que não é expectável que o requerente sacrifique

---

novo entendimento do património é reclamado também no direito da família, particularmente quando se trata de conceptualizar o património dos cônjuges, durante o casamento e em situações de ruptura. GLENDON, aliás, traça um paralelismo entre o surgimento de um “novo casamento” e de uma “new property” no panorama jurídico e social. Parece, assim, que a reestruturação vivida na família no século XX, particularmente o entendimento do “novo casamento”, do qual é mais fácil entrar e sair, criando novas dinâmicas na relação económicas entre cônjuges, é também acompanhada pela desvalorização do conceito tradicional de património, que é ultrapassado em termos de peso social por outras formas de riqueza, bases de diferentes *stati* em termos sociais, que se reflectem na perda da importância da família enquanto veículo transmissor de riqueza (Mary Ann Glendon, *The New Family and the New Property*, 1978-1979, 698, 705). KATZ dá-nos nota da evolução da definição de *property* no Direito da Família norte-americano. Desde finais do século XX, a *marital property* deixou de se referir apenas a bens tangíveis, e deu-se abertura para incluir direitos pensionísticos, licenças, opções sobre acções, a *good will* e a reputação do cônjuge empresário, o *status* de celebridade ou a carreira, patentes e direitos de autor de livros actuais e futuros. Sanford Katz, *Family Law in America*, 89 e 90. É um entendimento mais amplo do que aquele que foi sugerido por REICH (e que, entre nós, LOUREIRO, também supera. João Carlos Loureiro, *Adeus ao Estado Social?*, 114 e ss.), mas não deixa de se estabelecer um nexo importante com a protecção das relações mais importantes daqueles que são mais vulneráveis (uma função que SUPER atribui a esta reconceptualização da *property*. David A. Super, *A new new property*, 1878). Entre nós, VAZ TOMÉ já convocara o conceito de *new property* no âmbito das relações entre ex-cônjuges, particularmente no que diz respeito à integração do direito à pensão de reforma no património comum destes. Maria João Romão Carreiro Vaz Tomé, *O Direito à Pensão, passim*. Ora, a classificação deste novo património no âmbito das relações entre os cônjuges não se afigura tarefa simples no quadro dos esquemas tradicionais. Todavia, do ponto de vista legislativo, a recepção não tem sido fácil. A Reforma de 2008 absteve-se de o fazer claramente no campo do direito matrimonial. E, assim, como temos visto, formas de *new property*, como a capacidade de ganho dos cônjuges não integram o conceito de património partilhável. A sua consideração é operada por outra via. É uma fonte de rendimentos que pode ser tida em conta em sede de alimentos. Também neste sentido, Maria João Romão Carreiro Vaz Tomé, *Considerações sobre alguns efeitos patrimoniais*, 178.

<sup>914</sup> No ordenamento jurídico belga procede-se à mera consideração do rendimento. Cf. art. 301, §3 do CCiv belga. Sobre o cálculo do rendimento, v. Nathalie Dandoy, *Critères de calcul des pensions alimentaires*, 992 e ss.

<sup>915</sup> Maria João Romão Carreiro Vaz Tomé, *O Direito à Pensão*, 315.

<sup>916</sup> Neste sentido, ver o direito neerlandês, no qual, apesar de a lei só se referir aos rendimentos, a interpretação que é dada ao artigo 1:157 (1) Código Civil tem considerado admissível que se sacrifique capital, embora nem sempre o repute como razoável. AA. VV., *European Family Law in Action*, vol. II, 350.

<sup>917</sup> Tommaso Auletta, *Diritto di Famiglia*, 250.

os seus bens (§ 1577 (3) do BGB) e que podemos considerar como chave para pensar a matéria. Assim, em primeiro lugar, encontramos aquelas situações em que tal opção seria contrária à racionalidade económica (*unwirtschaftlich*), uma ideia que BORTH explica como sendo a falta de proporcionalidade razoável entre o benefício de tal transacção e o valor do bem<sup>918</sup>. Em segundo lugar, deparamo-nos com os casos em que tal resultaria numa injustiça (*unbillig*), tendo em conta as circunstâncias económicas de ambos os ex-cônjuges.

Na determinação dos recursos do alimentando, há que considerar não só aquilo de que é *proprietário*, mas também *outros direitos* de que seja titular, aptos a satisfazer as suas necessidades (por exemplo, direito de habitação de imóvel ou de uso de recheio). E, pela mesma razão, devem ser consideradas remunerações em espécie e *fringe benefits* em geral que respondam a necessidades do requerente<sup>919</sup>.

Para além dos bens que se encontram na titularidade do necessitado, o papel do *crédito* também tem de ser considerado. Assim, por um lado, há que ter em conta que o alimentando é titular de créditos relativamente a devedores com solvibilidade<sup>920</sup>. Por outro lado, admite-se ainda a possibilidade de ser este a obter a crédito o valor necessário para se sustentar, desde que seja possível pagá-lo num “período razoável”<sup>921,922</sup>.

Há adicionalmente que sublinhar a importância dos direitos que decorrem do *direito público*, nomeadamente dos decorrentes do sistema de segurança social, como sublinha VAZ TOMÉ<sup>923</sup>. Constituindo, também estes, direitos patrimoniais do credor, podem ser mobilizados para responder às suas necessidades<sup>924</sup>.

---

<sup>918</sup> Helmut Borth, *Handbuch des Scheidungsrecht*, 1215.

<sup>919</sup> Por exemplo, a utilização de automóvel facultada pela entidade empregadora.

<sup>920</sup> Tommaso Auletta, *Diritto di Famiglia*, 236. Por um lado, não se pode pedir que o alimentando os exija, mas por outro lado, a consideração da sua existência pode ser apta a excluir a necessidade. Neste sentido, v. Cristina Rolando, *Alimenti e Mantenimento*, 50-52.

<sup>921</sup> Adriano P. S. Vaz Serra, *Obrigações de alimentos*, 108. Esta é, todavia, uma questão controversa. Cristina Rolando, *Alimenti e Mantenimento*, 50.

<sup>922</sup> Está excluída, todavia, a prática de qualquer ilícito para o obter. Tommaso Amedeo Auletta, *Alimenti e Solidarietà Familiare*, 52.

<sup>923</sup> Maria João Romão Carreiro Vaz Tomé, *O Direito à Pensão*, 309. VAZ TOMÉ nota que, dado o facto de a partilha do direito à pensão de reforma ser estranha aos tribunais portugueses, estes levarão em conta estes direitos na determinação do quantum da obrigação de alimentos, quer na sua fixação inicial, quer na sua revisão em virtude da alteração das circunstâncias.” Maria João Romão Carreiro Vaz Tomé, *O Direito à Pensão*, 302 e 303.

<sup>924</sup> Cf., quanto à relação de subsidiariedade entre prestações públicas e prestações familiares, Cap. II B.

Questiona-se, por fim, a relevância das *contribuições de terceiros* para averiguar das possibilidades do necessitado. Pensemos, em primeiro lugar, na hipótese de o necessitado receber alimentos dos seus familiares ou ser sustentado por estes, por viver em sua companhia<sup>925</sup>. Atentando na hierarquia de obrigados estabelecida no artigo 2009.º do Código Civil, o ex-cônjuge figura na primeira classe (n.º 1, alínea a)), o que significa que responde prioritariamente relativamente aos outros familiares<sup>926,927</sup>. Estes terceiros, ainda que efectuem tais prestações regularmente, não estão obrigados a fazê-lo, pelo que podem fazê-las cessar em qualquer momento. É verdade que o facto de o credor de alimentos viver em economia comum<sup>928</sup> e, portanto, beneficiar das economias de escala proporcionadas pelo facto de não suportar isoladamente determinadas despesas, pode influenciar o nível de necessidades a que tem de dar resposta, diminuindo-o. Porém, tal não deve ser entendido como prova de que tem mais meios ao seu dispor<sup>929</sup>, apenas que as suas despesas não serão tão elevadas. Não devem relevar, todavia, as prestações ocasionais, na medida em que não permitem sustentar o teor de vida daquele que as recebe, nem as prestações que se destinam a suprir o incumprimento de outrem<sup>930</sup>.

Outra será a conclusão se o terceiro é obrigado prioritariamente a prestar alimentos do ponto de vista legal – pense-se no donatário. Este crédito integrará o património do necessitado e, na medida em que responda à sua necessidade<sup>931</sup>, desobriga o ex-cônjuge<sup>932</sup>. Já se estivermos perante terceiro contratualmente obrigado perante o alimentante a prestar os alimentos, então a prestação continuará

---

<sup>925</sup> Ver caso avançado por MOITINHO DE ALMEIDA, relativamente ao qual o Autor já se pronunciava no sentido da irrelevância destes comportamentos da mulher divorciada que, em virtude de viver em casa dos pais, tem meios suficientes para se sustentar, o que, todavia, não exonera o ex-marido da obrigação de prestar alimentos, uma vez que esta tem direito a recebê-los dele e os seus pais não são obrigados a prestar-lhos. L. P. Moitinho de Almeida, *Dos alimentos*, 274, e L. P. Moitinho de Almeida, *Os Alimentos no Código Civil*, 98.

<sup>926</sup> Já neste sentido, F. M. Pereira Coelho, *Curso de Direito de Família*, vol. I, 1960, p. 858, nota 1, que nota a irrelevância de ter pessoas de família que lhe possam prestar alimentos, porque a obrigação alimentar dos ex-cônjuge prevalece sobre estes.

<sup>927</sup> Em sentido diverso, ver Tommaso Auletta, *Diritto di Famiglia*, 250, que, no contexto italiano, considera que se devem incluir nos meios do cônjuge requerente “as ajudas económicas provenientes regularmente de familiares e conviventes”.

<sup>928</sup> Excluem-se aqui as situações de união de facto e de novo casamento do credor de alimentos, já que estas conduzem à cessação da obrigação alimentar (artigo 2019.º CCiv). Encontramos a mesma solução no direito neerlandês (Artigo 1:160 do Código Civil neerlandês).

<sup>929</sup> Cf. Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 15-12-2011 (Conceição Saavedra) (Proc. n. 2901/03.5TBCSC-C.L1-7) ([www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt))

<sup>930</sup> Tommaso Auletta, *Diritto di Famiglia*, 237.

<sup>931</sup> Adriano P. S. Vaz Serra, *Obrigação de alimentos*, 117.

<sup>932</sup> Cap III B e os termos em que será chamado.

a ser realizada por este, ainda que indirectamente<sup>933</sup>, pelo que se considera que a necessidade estará a ser satisfeita por esta via.

Nesta determinação dos recursos disponíveis, devemos considerar apenas os recursos *actuais* e não ficcionar recursos<sup>934</sup>. Tal não significa, todavia, que a possibilidade de angariar estes meios possa ser ignorada. Daí que, além do *património* em sentido lato, assuma uma relevância central a possibilidade que o necessitado tenha de ganhar a sua vida, ou seja, de conseguir os meios de subsistência através do seu *próprio trabalho*. Na verdade, só esta posição pode estar em linha com a ideia, sublinhada por LOBATO DE GUIMARÃES, de que numa sociedade baseada no trabalho como é a actual, cada um terá o encargo de prover ao seu sustento<sup>935</sup>.

Para avaliar a capacidade de trabalho, é necessário conjugar uma série de factores, que vão desde a formação e habilitações profissionais, às específicas aptidões do necessitado, passando pelo seu estado de saúde e idade, bem como pela disponibilidade de tempo concreta que tenha para se dedicar ao exercício de uma actividade profissional em virtude daquele tempo que tenha de dedicar ao cuidado de dependentes, relativamente aos quais assuma obrigação imposta por lei<sup>936,937</sup>.

Neste elenco de factores, surge a questão de incluir o padrão de vida do casamento, como elemento determinante da aptidão para o trabalho do ex-cônjuge em situação de necessidade. Na verdade, o problema da adequação da actividade profissional ao estalão de vida do casamento tem sido objecto de grande controvérsia. É particularmente digna de nota a discussão em torno desta matéria levada a cabo no ordenamento jurídico alemão e as mudanças recentes que se operaram neste contexto.

---

<sup>933</sup> Adriano P. S. Vaz Serra, *Obrigações de alimentos*, 117.

<sup>934</sup> Por exemplo, nem o facto de o requerente ser herdeiro com outros de uma herança de que fazem parte imóveis, faz com que ele seja titular de mais do que de uma expectativa de futura realização da partilha de bens, como decidiu o Acórdão do Tribunal da Relação de 21/1/2014 (Cristina Coelho) (P. 2489/11.3TBBRR.L1-7) ([www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)).

<sup>935</sup> Maria de Nazareth Lobato de Guimarães, *Alimentos*, 174 e 209.

<sup>936</sup> F. M. Pereira Coelho, *Curso de Direito de Família*, vol. I, 1960, p. 858, nota 1. Já em 1962, o Supremo Tribunal de Justiça vincava que ao apuramento das necessidades não podiam ser alheias as possibilidades de a requerente angariar por si própria meios de subsistência (Ac. STJ de 21 de Junho de 1963 (proc. n. 59 639, BMJ, n. 128, 576). Em data mais recente, v. Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 12/09/2013 (José Estelita de Mendonça) (P.228/11.8TMBRG.G1) ([www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)).

<sup>937</sup> Cf. os factores enunciados no artigo 2016.º-A.



Na verdade, no regime anterior à *Unterhaltsänderungsgesetz* de 2007, o § 1574 do BGB exigia que o requerente assumisse uma ocupação “adequada” e esta seria adequada apenas quando correspondesse ao padrão de vida gozado na constância do casamento. Os tribunais germânicos, aliás, pronunciavam-se no sentido de não se esperar que se retomasse a actividade anterior ao casamento<sup>938</sup>. Ora, tendo em conta que um dos propósitos da reforma alemã de 2007 foi promover a auto-suficiência, o § 1574 do BGB sofreu alterações em conformidade. Em primeiro lugar, e de acordo com o § 1569 (1) do BGB, estabelece-se explicitamente o dever de o cônjuge prover ao seu sustento a seguir ao divórcio, inclusivamente procurando uma actividade remunerada (§ 1574 (1) do BGB). Em segundo lugar, o nível de vida do casamento deixou de ser determinante para o tribunal para concluir se uma ocupação é adequada ou não (§ 1574 (2) do BGB)<sup>939</sup>. Assim, agora o requerente tem de provar que não se pode esperar *de todo* que retome uma ocupação que implique a perda do nível de vida do casamento. Tal significa, face à lei anterior, que deixa de poder contar com as circunstâncias económicas do casamento, todavia também não necessita de temer um declínio social. Para além disso, tem de ser tido em conta que o § 1574 (2) se aplica fundamentalmente às capacidades e circunstâncias de cada requerente individual. Assim, segundo KROLL, a reforma do § 1574 obrigará eventualmente o requerente a procurar uma actividade remunerada após o divórcio, mas não necessariamente o retorno a uma antiga profissão<sup>940,941</sup>.

Pensamos que deve ser atribuído um significado semelhante à consagração expressa do princípio da auto-suficiência pela Lei n.º 61/2008. É compreensível que, antes de 2008, se discutisse se seria exigível que o requerente assumisse uma ocupação desconforme com o nível de vida do casamento, num quadro em que a concessão de alimentos estava, por regra, associada a considerações de culpa e inocência. Neste contexto, seria mais fácil sustentar que o cônjuge inocente ou menos culpado (aquele que, por regra, teria direito a alimentos) não fosse obrigado a exercer actividade incompatível com o estatuto do casamento, em cuja ruptura não

<sup>938</sup> Lüderitz, *Familienrecht*, 203 e K. Kroll, *The Reform*, 94.

<sup>939</sup> Martin Menne, *Die Unterhaltsrechtsreform*, 326.

<sup>940</sup> Kathrin Kroll, *The Reform*, 95.

<sup>941</sup> No contexto italiano, todavia, embora encontremos doutrina a defender que o requerente não pode eximir-se de desenvolver um trabalho se tem em concreto a possibilidade e a capacidade, alegando uma incompatibilidade com a posição adquirida pelo casamento, a jurisprudência tem-se orientado em sentido contrário. Tommaso Auletta, *Diritto di Famiglia*, 250. Veja-se, por exemplo, a decisão da Cassazione que sustenta que a actividade levada a cabo pelo ex-cônjuge teria de ser comparável em termos económicos e sociais àquela realizada durante o casamento. V. Cass. 13.04.1994, n.º 3429, *Il Diritto di Famiglia e delle Persone*, Anno XXIII, 1994, 1227.

tinha desempenhado nenhum papel ou, pelo menos, não o papel mais relevante. Era possível, com este enquadramento, justificar uma solidariedade conjugal mais alargada. É certo que, já então, esta conclusão não era necessária. De facto, mesmo no contexto jurídico anterior a 2008, se podia sustentar que não estaríamos perante uma verdadeira situação de necessidade nos casos em que o requerente podia assumir uma actividade remunerada, pesasse embora “o diverso significado psico-sociológico que anda associado ao facto de ter, por hipótese, de se empregar”<sup>942</sup>.

Ora, no enquadramento actual, valem estas últimas considerações, reforçadas pela opção de o legislador vincar a ideia de auto-suficiência ao consagrar expressamente este princípio. Na verdade, hoje não se pode sustentar aquela imunidade à assunção de uma actividade remunerada só porque não está em conformidade com o nível de vida do casamento. E, adicionalmente, nem poderão ser invocadas razões de pejo social simplesmente por integrar o mercado de trabalho face à ordenação de valores actual. Estas, se já eram duvidosas em fases anteriores<sup>943</sup>, em que ainda poderíamos delinear uma qualquer situação de favor relativamente a um cônjuge inocente, perdem hoje qualquer fundamento social e jurídico.

O mesmo não será dizer que terá de assumir *qualquer* actividade que lhe permita fazer face à sua subsistência. Haverá, assim, que afinar critérios para determinar quais são as actividades *exigíveis* ao cônjuge em situação de necessidade. Nesta tarefa, justifica-se ter em conta as opções do sistema jurídico português num contexto diferente – o plano do Direito Público, da concessão de prestações sociais – mas em que também está em causa o uso da capacidade de trabalho do potencial beneficiário de prestações de terceiro, desta feita do Estado. Referimo-nos ao conceito de “emprego conveniente” mobilizado no âmbito da concessão de “prestações de desemprego”. Na verdade, para efeitos de avaliação de disponibilidade para o trabalho do inscrito em Centro de Emprego, cria-se uma obrigação de “[a]ceitação de emprego conveniente”<sup>944</sup>. E a lei considera ser “emprego conveniente” aquele que preencha uma série de requisitos,

---

<sup>942</sup> Maria João Romão Carreiro Vaz Tomé, *O Direito à Pensão*, 310, nota 820.

<sup>943</sup> Já MOITINHO DE ALMEIDA defendia, referindo-se ainda ao contexto da Lei do Divórcio, que, tanto ao homem como à mulher, não podiam ser “alheias as possibilidades que ela tenha de angariar por si própria meios de subsistência, sendo irrelevantes que não se sirva dessas possibilidades por não estar disposta a isso. Qualquer que seja a classe da mulher não pode esta considerar-se diminuída por ganhar a sua vida e prover, pelo seu esforço, a parte do seu sustento, em vez de receber essa parte do marido”. L. P. Moitinho de Almeida, *Os Alimentos no Código Civil*, 101. Também L. P. Moitinho de Almeida, *Dos alimentos*, 274.

<sup>944</sup> Artigo 11.º, n. 2, b) do Regime Jurídico de Protecção no Desemprego (Decreto-Lei n.º 220/2006, de 3 de Novembro).

nomeadamente “[c]onsista no exercício de funções ou tarefas susceptíveis de poderem ser desempenhadas pelo trabalhador, considerando, nomeadamente, as suas aptidões físicas, habilitações escolares, formação profissional, competências e experiências profissionais, ainda que se situem em sector de actividade ou profissão distinta da ocupação anterior ao momento do desemprego”<sup>945</sup>.

Parece-nos que estes factores, que reúnem aptidões e qualificações num sentido lato, terão de ser convocados para avaliar da adequação de uma actividade profissional e que também no nosso caso não deve ser dada relevância ao facto de pertencer a “sector de actividade ou profissão distinta da ocupação anterior” ou até à formação de base da pessoa necessitada, desde que não exista uma grande assimetria relativamente a esta. Também aqui, em ordem a definir a situação de necessidade do alimentando, que depende igualmente da consideração dos meios ao dispor do requerente, há que ter em conta factores expressamente enunciados pelo artigo 2016.º-A, n.º 1. Na verdade, a “idade e estado de saúde” do alimentando influenciam as suas possibilidades físicas e intelectuais, e as suas “qualificações profissionais” condicionam o trabalho que poderá desempenhar.

Para além destes bordões, e apesar de já termos afastado o nível de vida proporcionado pelo casamento como determinante da adequação de uma actividade, não podemos, sem mais, desconsiderar totalmente a *condição social*. Na verdade, a condição social não se identifica com o estatuto facultado pelo casamento, nem se determina exclusivamente pela situação patrimonial<sup>946</sup>, mas tem antes ligações com quadros de valores e sensibilidades pessoais criadas por um determinado contexto de vida que pode ser determinante na assunção de determinada ocupação<sup>947</sup>. Também pode estar relacionada com um sistema de crenças, nomeadamente religiosas, que impedem que o requerente exerça uma dada actividade. Claro que esta abertura tem de ser temperada por um critério de razoabilidade, face a um contexto de comedimento relativamente ao que pode ser exigido ao ex-cônjuge devedor.

---

<sup>945</sup> Artigo 13.º, n. 1, b) do Regime Jurídico de Protecção no Desemprego (Decreto-Lei n.º 220/2006, de 3 de Novembro, na redacção dada pelo Decreto-Lei no 72/2010, de 18 de Junho).

<sup>946</sup> Ver as observações de VAZ SERRA em análise à jurisprudência alemã. Adriano P. S. Vaz Serra, *Obrigações de alimentos*, 113, nota 145. Também, Tommaso Auletta, *Diritto di Famiglia*, 237.

<sup>947</sup> LOBO XAVIER admite que um dos cônjuges não tenha possibilidade de prover à sua subsistência no caso de, por exemplo “a idade não lhe permitir encontrar um emprego compatível com a situação social”. Rita Lobo Xavier, *Recentes Alterações*, 38.

Não basta, no entanto, que haja um leque de ocupações que o ex-cônjuge necessitado possa ser chamado a desempenhar. É necessário, para averiguar da sua aptidão para a auto-suficiência, que haja possibilidades efectivas de as assumir. E tal pode depender nomeadamente da disponibilidade de tempo para o fazer<sup>948</sup>, mas também da circunstância de existirem postos de trabalho disponíveis, para os quais possa ser seleccionado<sup>949</sup>. A mera possibilidade *em abstracto* de exercer uma actividade (para que aponta, por exemplo, a titularidade de um título académico)<sup>950</sup> não lhe fornece os meios de que necessita para responder às suas necessidades<sup>951</sup>.

Ora, uma eventual dificuldade em reintegrar ou ingressar no mercado de trabalho pode ter uma relação directa com as opções tomadas durante o casamento, por acordo dos cônjuges, em realização do princípio de co-direcção da família, relativamente ao exercício de actividade remunerada por parte de um deles<sup>952</sup>. A dificuldade ou a impossibilidade de vir a assumir uma actividade profissional não pode onerar apenas o cônjuge que dela abdicou<sup>953</sup>. Isto não significa, todavia, que se enverede pelo reconhecimento de um direito a não trabalhar, como já decidiu a *Cassazione* italiana<sup>954</sup>, mas pede especial cautela ao julgador na avaliação das possibilidades de auto-sustento.

Se o ex-cônjuge, apesar de estar dela liberto, resolve assumir uma actividade que não lhe era exigível, pode perguntar-se se estes recursos são considerados para avaliar dos meios aptos a satisfazer as suas necessidades<sup>955</sup>. À partida, será irrelevante a actividade da qual o rendimento provém ou o facto de o exercício desta comportar um esforço que não é expectável. Parece, no entanto, que haverá aqui que

<sup>948</sup> Quanto a esta disponibilidade, estará mais condicionado o cônjuge que resida com os filhos e os tenha a cargo, daí aqui também a necessidade de considerar um factor do artigo 2016.º-A, n. 1, “tempo que terão de dedicar, eventualmente, à criação de filhos comuns”.

<sup>949</sup> O Tribunal da Relação de Lisboa refere-se precisamente esta situação, quando considera que este seria um caso de inexigibilidade de auto-suficiência, “uma fatalidade ou inevitabilidade, resultante, porventura, da crise económica que actualmente grassa na País e do alto desemprego que - desde, pelo menos, 2011 - se tem registado em Portugal”, que, em concreto, não pode ser invocada, já que a requerente não obtém os seus próprios meios apenas devido “a uma opção de vida”. Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 19-12-2013 (Rui Vouga)(27156/10.1T2SNT.L1-1)(www.dgsi.pt).

<sup>950</sup> Tommaso Auletta, *Diritto di Famiglia*, 237, e Antonino Totaro, *Gli Effetti del Divorzio*, 1640.

<sup>951</sup> Por isso, a lei refere-se a “possibilidades de emprego” também quando se trata de determinar as circunstâncias que influem sobre a necessidade do alimentando (artigo 2016.º-A, n. 1, CCiv).

<sup>952</sup> Ver Rita Lobo Xavier, *Recentes Alterações*, 38 e 39.

<sup>953</sup> Esta situação pode receber resposta ao nível do crédito compensatório do artigo 1676.º, n.º 2, mas estes instrumentos conciliar-se-ão nos termos que veremos em Cap. I.

<sup>954</sup> Tommaso Auletta, *Diritto di Famiglia*, 237.

<sup>955</sup> No ordenamento jurídico alemão, a lei toma em consideração aquele rendimento. Cf. §1577 (1); 1577 (2). É uma decisão que assenta numa base equitativa. Gernhuber, Coester-Waltjen, *Familienrecht*, 326-327

distinguir entre actividades ilegais ou aviltantes<sup>956</sup> e actividades que não assumam estas implicações negativas. Só no primeiro caso não será de considerar o rendimento que assim obtenha.

Tratámos até agora das actividades que o potencial credor de alimentos deve levar a cabo para garantir a sua auto-suficiência. Todavia, esta também poderá estar dependente de comportamentos que se traduzem num *non facere*, ou seja, da cessação de actividades que põem em causa a subsistência. Na verdade, não existe *verdadeira* necessidade se esta for passível de cessar com a abstenção de actos de prodigalidade, jogo e outras condutas<sup>957</sup>, como a entrega a dependências ou mesmo a prática de actividades que, por exemplo, ponham em causa a sua capacidade para o trabalho<sup>958</sup>. Considerar que não existe necessidade se o requerente lhe puder pôr termo desta forma é diferente de dar relevância ao facto de a necessidade ter tido origem em conduta repreensível e não ser controlável através destes comportamentos de abstenção. Neste último caso, só a sua avaliação nos termos do artigo 2016.º, n.º 3, poderá justificar que, com tal fundamento não se concedam alimentos, mas não nos parece que seja tida em conta para efeito de determinar a ausência ou existência de uma situação de necessidade.

#### 1.2.1.2. Crítica ao princípio da auto-suficiência

A consagração do princípio da auto-suficiência como pilar fundamental nos regimes de alimentos pós-conjugais e associada aos sistemas de divórcio sem culpa, apesar de generalizada<sup>959</sup>, tem sido alvo de uma colecção de críticas e de incertezas.

É historicamente marcante a crítica endereçada por WEITZMAN ao funcionamento do princípio da auto-suficiência no Estado pioneiro do *no-fault divorce*, a Califórnia. WEITZMAN critica os resultados produzidos pela sua

<sup>956</sup> Neste sentido, dando nota de casos análogos na jurisprudência alemã, cf. Rita Lobo Xavier, *Limites à Autonomia*, 439, nota 25, Rita Lobo Xavier, *Recentes Alterações*, 38, nota 48.

<sup>957</sup> Adriano P. S. Vaz Serra, *Obrigações de alimentos*, 112 a 114. No entanto admitia que qualquer que fosse a causa da necessidade, esta deveria receber resposta em sede de alimentos, embora desse nota da solução de limitar o montante em função do “procedimento repreensível do alimentando”, uma vez que “não parece razoável que as consequências desse procedimento devam ser suportadas inteiramente pelo obrigado”.

<sup>958</sup> Pense-se, por exemplo, na prática de actividades desportivas ou de lazer com graves sequelas físicas causadoras de incapacidade para o trabalho.

<sup>959</sup> Uma visão comparativa sugere que quase todos os ordenamentos seguem princípio da auto-suficiência. Katharina Boele-Woelki et al., *Principles of European Family Law*, 77.

consagração que, segundo a sua análise, se teriam traduzido na grande queda das pensões de alimentos das mães com filhos a cargo, motivada por uma preocupação dos tribunais californianos em proteger o rendimento do ex-marido. Segundo a Autora, na base destas decisões judiciais estaria o propósito de incumbir com “iguais” responsabilidades de sustento homens e mulheres, esquecendo-se que as diferentes capacidades de ganho e as responsabilidades parentais depois do divórcio tornam esse fardo muito desigual<sup>960</sup>. Apesar destes dados, todavia, os tribunais da Califórnia teriam considerado que o objectivo de tornarem as mulheres auto-suficientes era mais importante do que garantir o sustento do progenitor com filhos a cargo<sup>961</sup>.

Ora, aqui, como em outros ordenamentos jurídicos em que se assistiu ao reforço do princípio da auto-suficiência, pode duvidar-se da eficácia e da propriedade de fomentar a independência económica dos cônjuges através de uma maior exigência na concessão de alimentos. Na verdade, há que ter em conta quem é maioritariamente o alvo de qualquer reforço do princípio da auto-suficiência – a parte economicamente mais fraca que, em termos socialmente mais significativos, continua a ser a mulher<sup>962</sup>. Daí que ao argumento favorável à regra da auto-suficiência, compreendida enquanto incentivo para procurar uma actividade remunerada, seja de contrapor, como foi notado a propósito da reforma alemã, que as mulheres não precisam de incentivo para procurarem uma actividade remunerada após o divórcio<sup>963</sup>, mas apenas de uma melhoria da conciliação entre trabalho e emprego<sup>964</sup>.

O princípio da auto-suficiência entendido de uma forma estrita espelha, antes que GLENDON apelida da “ideologia alterada do casamento” que preside ao regime dos alimentos. Na verdade, pressupõe uma associação entre duas pessoas interdependentes durante o casamento, mas que são, pelo menos, potencialmente independentes em caso de divórcio. No caso de tal não acontecer, o papel dos

---

<sup>960</sup> Lenore J. Weitzman, *Alimony: Its Premature Demise*, 252 e 253.

<sup>961</sup> Foi a ideia que resultou das entrevistas aos juizes californianos realizadas na investigação de WEITZMAN. Lenore J. Weitzman, *Alimony: Its Premature Demise*, 253.

<sup>962</sup> Anne Klein; Bettina Schlechta, *Will die Unterhaltsrechtsreform*, 499.

<sup>963</sup> *Idem*.

<sup>964</sup> Também neste sentido, Dieter Büte, *Begrenzungen und Herabsetzung*, 317. A realidade alemã confronta-se com o problema da falta de serviços de cuidado a crianças pequenas, o que deixa os pais a lidar com ausência de resposta para conciliar o cuidado aos filhos e a vida profissional. Anne Klein; Bettina Schlechta, *Will die Unterhaltsrechtsreform*, 496, 498 ss. e Kathrin Kroll, *The Reform*, 92.

alimentos pós-conjugais é apenas o de temporariamente auxiliar nessa transição para a auto-suficiência. Ora, segundo GLENDON, isto acaba por se traduzir numa insistência em tratar como excepcional aquilo que é a regra – o comprometimento da independência económica do cônjuge que assumiu o papel de cuidador no casamento<sup>965</sup>. De facto, um princípio da auto-suficiência a que se dê um alcance muito amplo – e o ideal de *clean break* que quer servir – pode não ser realista, principalmente nos casos em que há filhos envolvidos. E isto estende-se tanto aos casos em que um dos cônjuges dedicou vários anos ao cuidado de filhos, como às situações em que há filhos menores após o divórcio<sup>966</sup>. No fundo, a “independência comprometida” persistirá sempre que se insista na divisão do trabalho em termos de género que predomina no seio do casamento e que continua após o divórcio, que implica que os filhos absorvam uma parte desproporcionada do tempo e da energia de um dos progenitores<sup>967,968</sup>.

Nestas circunstâncias, força-se o cuidador a tornar-se economicamente auto-suficiente, sem que tenha a mesma capacidade de participar no mercado de trabalho do seu ex-cônjuge. Esta é uma clivagem muito marcada em termos de género, em que os homens são caracterizados como o “trabalhador ideal” e as mulheres como o “trabalhador secundário”<sup>969</sup>. Estas construções que se centram numa noção idealizada de autonomia e liberdade do trabalhador, dependentes apenas da presumida competência e capacidade do “sujeito liberal”, foram objecto de grande contestação por parte da teoria feminista. Desde logo, FINEMAN contrapõe a esta visão o modelo de interdependência da teoria feminista, que destaca antes a dependência e o cuidado assumido na família<sup>970</sup>. Esta realidade impede as mulheres de ascenderem àquele estatuto privilegiado no mercado, o que se acentua ainda mais no caso das mulheres sozinhas que, em virtude da assunção das tarefas de cuidado, têm dificuldades acrescidas relativamente às casadas em corresponder ao padrão do trabalhador ideal<sup>971</sup>. Por isso, os casamentos de curta duração com filhos

---

<sup>965</sup> Mary Ann Glendon, *The Transformation of Family Law*, 233 e 234.

<sup>966</sup> Mary Ann Glendon, *The Transformation of Family Law*, 234 e 235.

<sup>967</sup> June Carbone, *Income Sharing*, 385.

<sup>968</sup> A Exposição de Motivos do Projecto-lei n.º 509/X, p. 10 e 11, parece aflorar, aliás, esta realidade, ao reclamar uma “a partilha mais igualitária das tarefas entre os sexos com benefício de todos os envolvidos” no contexto de divórcio, na sequência de uma exposição que sublinha as assimetrias a que as mulheres estão sujeitas em virtude da assunção do seu papel na “esfera reprodutiva”.

<sup>969</sup> June Carbone, *Income Sharing*, 385.

<sup>970</sup> Martha Albertson Fineman, *The Vulnerable Subject*, 8 a 11, 16 e 17.

<sup>971</sup> June Carbone, *Income Sharing*, 385.

menores e pouco património são identificados como o grande desafio para as teorias do divórcio. No entanto, a análise das potenciais implicações das exigências de auto-suficiência faz temer, precisamente, que sejam os grandes prestadores de cuidados – donas de casa mais velhas<sup>972</sup> e mães jovens com responsabilidade pelos filhos – os grupos mais afectados<sup>973</sup> por uma aplicação estrita deste princípio.

Pode, todavia, detectar-se a existência actual de uma consciência acrescida das dificuldades – e das conseqüentes falhas – dos sistemas de divórcio em distribuírem de forma justa os fardos económicos da dissolução do casamento, consciência essa a que já se chamou a “verdadeira *divorce revolution*”<sup>974</sup>. Na verdade, como sugere MELLI, a difícil situação pós-divórcio das mulheres dependentes e das mães com filhos a cargo tornou-se num “problema social” porque começou a ser descrita enquanto tal, não por ser algo novo<sup>975</sup>.

Ora, a verdade é que a experiência dos ordenamentos pioneiros do *no-fault divorce*, nos quais se procedeu a um entendimento mais estrito da auto-suficiência, não é a única leitura possível. A regra da auto-suficiência não impede que seja reconhecido o direito a alimentos pós-conjugais<sup>976</sup>. O carácter excepcional destes varia consoante as realidades sociais, económicas e jurídicas de cada país<sup>977</sup>. E, se é certo que existem entendimentos mais estritos, como no contexto sueco, em que o carácter excepcional dos alimentos é muito marcado<sup>978</sup>, também é verdade que mesmo em ordenamentos em que se procedeu a um reforço do princípio da auto-suficiência, como o alemão, este recua, modifica-se em função da interacção com uma ideia de solidariedade, que justifica que se concedam os alimentos ao abrigo de

---

<sup>972</sup> Cynthia Lee Starnes, *Mothers as Suckers*, 1539. STARNES nota que o problema dos casamentos em que o património do casal é quase inexistente é devastador para os cuidadores a longo prazo que se libertam do casamento para começar novas vidas com poucos recursos, históricos de emprego datados e capacidade para estar no mercado limitada.

<sup>973</sup> V. Lenore J. Weitzman, *Alimony: Its Premature Demise*, 252. Mais recentemente, no contexto nacional, a APMJ manifestou a preocupação de ver prejudicadas “as mulheres mais velhas, e as que não têm capacidade de ganho, uma vez que ficam sujeitas ao ónus de terem de provar a sua necessidade de alimentos e incapacidade de trabalho” com a consagração do dever de cada um dos cônjuges prover à sua subsistência (art. 2016.º, 1). APMJ, *Parecer*, 10.

<sup>974</sup> Marygold S. Melli, *Constructing a Social Problem*, 771.

<sup>975</sup> Marygold S. Melli, *Constructing a Social Problem*, 760 e 761.

<sup>976</sup> A CEFL reconhece-o expressamente no seu comentário ao princípio 2:2, quando aponta para a necessidade de este princípio ser lido em conjugação com os outros que admitem claras excepções ao princípio da auto-suficiência, ou seja, quando é impossível para um cônjuge prover completa ou parcialmente às suas necessidades. Katharina Boele-Woelki et al., *Principles of European Family Law*, 78.

<sup>977</sup> Guilherme de Oliveira, *A Nova Lei do Divórcio*, 29.

<sup>978</sup> AA. VV., *European Family Law in Action*, vol. II, 53 e Secção 7 do Código do Casamento Sueco.



uma série de situações, com especial relevância para as que são motivadas por desvantagens relacionadas com o casamento<sup>979</sup>.

É este entendimento mais flexível que nos parece ser de adoptar no ordenamento jurídico português. A consagração expressa do princípio da auto-suficiência no âmbito dos alimentos pós-conjugais não pode, assim, significar que se neguem alimentos ao cônjuge preenchidos que estejam os pressupostos legais<sup>980</sup>. Lança luz sobre algumas opções do legislador – como, por exemplo, a maior exigência no sentido da assunção de uma actividade profissional – mas não faz desaparecer a obrigação de alimentos entre ex-cônjuges.

#### 1.2.2. Pressuposto da necessidade

O novo regime jurídico do divórcio, tendo-se desfeito da declaração de culpa, procura refundar as consequências da dissolução do casamento em bases diferentes. Superada a ideia da obrigação de alimentos como um encargo a impor ao cônjuge culpado ou principal culpado, que responde perante o cônjuge inocente pela ruptura conjugal e pela extinção do dever conjugal de assistência, ficamos com uma obrigação pós-conjugal em que a responsabilidade pela dissolução do casamento não desempenha papel autónomo. O alimentando e o alimentante despem as vestes de inocente e culpado e encontram-se simplesmente na qualidade de necessitado e de habilitado a prover, nos termos gerais. Ou seja, o regime dos alimentos, enquanto um dos efeitos do divórcio que se viu desprovido do que era anteriormente um elemento fundamental para a sua determinação, voltou-se para os pilares estruturantes da obrigação alimentar geral. E assim, tal como nos restantes casos em que um dever de alimentos resulta da lei, está em causa valer a alguém em situação de necessidade, desde que exista da parte do obrigado a possibilidade de prestar alimentos<sup>981</sup>. Deste modo, temos um pressuposto central – a “necessidade”<sup>982</sup> – uma situação que justifica e desencadeia o recurso ao mecanismo alimentar e que, *grosso modo*, só se efectivará se o chamado tiver “possibilidades” de lhe corresponder.

---

<sup>979</sup> K. Kroll, *The Reform*, 92.

<sup>980</sup> Neste sentido, Guilherme de Oliveira, *A Nova Lei do Divórcio*, 29, e Rita Lobo Xavier, *Recentes Alterações*, 38.

<sup>981</sup> Assim era no art. 178.º CCiv de 1867, art. 24.º e 29.º Lei do divórcio e é no artigo 2004.º, 1 do actual CCiv. Adriano P. S. Vaz Serra, *Obrigação de alimentos*, 19, e L. P. Moitinho de Almeida, *Dos alimentos*, 272.

<sup>982</sup> VAZ TOMÉ chama-lhe o “fundamento exclusivo da obrigação de alimentos.” Maria João Romão Carreiro Vaz Tomé, *Considerações sobre alguns efeitos patrimoniais*, 173.

Neste figurino simplificado, o fim do instituto é suprir uma carência<sup>983</sup> e os alimentos assumem natureza alimentar<sup>984</sup>. Nas palavras de MOITINHO DE ALMEIDA, o interesse servido pela obrigação de alimentos é o “interesse da vida” da pessoa em situação de necessidade, um interesse individual que é tutelado por “motivos humanitários”<sup>985</sup>. Remete, assim, para uma ideia de solidariedade<sup>986</sup>, que é o fundamento tradicionalmente invocado para fundar os regime alimentares. Mas se, nos restantes casos de obrigação alimentar familiar, esta solidariedade se funda no vínculo que existe entre os sujeitos daquela relação jurídica, aqui a “solidariedade familiar”, como é geralmente reconhecido, assume a feição de “solidariedade pós-conjugal”.

#### **1.2.2.1. A necessidade como pressuposto (central) da obrigação de alimentos entre ex-cônjuges**

Este novo regime do divórcio, que convoca como pressupostos simplesmente a necessidade do alimentado<sup>987</sup> e as possibilidades do obrigado e que assenta numa ideia de solidariedade parece, assim, retomar o figurino da Lei do Divórcio de 1910.

Na verdade, a primeira aparição dos alimentos pós-divórcio no sistema jurídico português surge desligada da culpa como critério de atribuição. Como vimos, o artigo 29.º do Decreto de 3 de Novembro de 1910 previa que “qualquer dos cônjuges” os pudesse requerer. Este descolamento da avaliação da conduta dos cônjuges e o foco nas necessidades do credor levou a que se defendesse o entendimento de que tais alimentos assumiam *natureza alimentar*. Foi esta a posição de PEREIRA COELHO, para o qual estes constituíam um prolongamento do dever conjugal de mútuo socorro e auxílio<sup>988</sup> e encontravam o seu fundamento na relação pessoal que ligaria as pessoas que já tinham sido casadas, em consonância

---

<sup>983</sup> Maria de Nazareth Lobato de Guimarães, *Alimentos*, 206.

<sup>984</sup> Ira M. Ellman, *The Theory of Alimony*, 4.

<sup>985</sup> L. P. Moitinho de Almeida, *Os Alimentos no Código Civil*, 94.

<sup>986</sup> Neste sentido, Guilherme de Oliveira, *A Nova Lei do Divórcio*, 29.

<sup>987</sup> Neste sentido, ver Guilherme de Oliveira, *A Nova Lei do Divórcio*, 30, Rita Lobo Xavier, *Recentes Alterações*, 40, e Cristina M. Araújo Dias, *Uma Análise do Novo Regime*, 79.

<sup>988</sup> F. M. Pereira Coelho, *Curso de Direito de Família*, vol. I, 1960, 850, n. 4, 852 e F. M. Pereira Coelho, *Curso de Direito de Família*, vol. I, 1965, 533, n. 6 e 534.

com a ideia de “perpetuidade virtual” do vínculo matrimonial<sup>989</sup>. Contrariava-se, assim, a doutrina que cindia a natureza da figura em alimentar ou indemnizatória, consoante estivesse a cargo do inocente ou do culpado<sup>990</sup>.

Esta aparência da continuidade da solução de 1910 não pode, porém, escamotear o facto de, como nota HÖRSTER, o artigo 29.º da Lei do Divórcio ter partido de pressupostos bem diferentes daqueles que estão subjacentes ao regime actual e de as concepções de divórcio e de casamento que os suportavam não se identificarem com as actuais<sup>991</sup>. Na verdade, a ideia de solidariedade que está na base dos alimentos pós-divórcio é uma *solidariedade post factum finitum*, pós-conjugal<sup>992</sup>. E estes alimentos, não obstante serem um efeito jurídico novo, produzido na sequência da extinção da relação conjugal<sup>993</sup>, são resultado da “eficácia póstuma do vínculo matrimonial”, um “efeito ultra-activo do casamento”<sup>994</sup>. Ora, para justificar a sua persistência, é necessário enraizá-los num fundamento suficientemente forte, ainda mais tendo em conta a excepcionalidade que se lhes reconhece. Ou seja, é necessário reconhecer a especial intensidade inerente à relação conjugal – que implica uma plena comunhão de vida – e as consequências que daí advêm a fundar a produção destes efeitos. Todavia, a ideia de um “prolongamento do dever mútuo de socorro e auxílio”<sup>995</sup> ou do surgimento de uma obrigação que venha desempenhar a sua função, não é facilmente sustentável actualmente, face a uma relação matrimonial cuja vocação de perpetuidade se encontra claramente enfraquecida, no quadro de um divórcio facilitado.

Assim, o sistema português seguiu o caminho trilhado pela maior parte dos ordenamentos que abandonaram a culpa<sup>996</sup> e que, face à dificuldade em encontrar

---

<sup>989</sup> F. M. Pereira Coelho, *Curso de Direito de Família*, vol. I, 1960, 853 e F. M. Pereira Coelho, *Curso de Direito de Família*, vol. I, 1965, 534.

<sup>990</sup> Adriano P. S. Vaz Serra, *Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça*, 359, nota 2, Adolfo Bravo, *Carácter da Pensão alimentar*, 308.

<sup>991</sup> Heinrich Ewald Hörster, *A responsabilidade civil entre os cônjuges*, 101, nota 19.

<sup>992</sup> J. P. Remédio Marques, *Algumas Notas sobre Alimentos*, 167, nota 214.

<sup>993</sup> Neste sentido, *idem*.

<sup>994</sup> Maria João Romão Carreiro Vaz Tomé, *Considerações sobre alguns efeitos patrimoniais*, 172.

<sup>995</sup> Pereira Coelho, *Curso*, 1960, 853, Pereira Coelho, *Curso*, 1965, 534, Pereira Coelho, *Curso*, 1970, p. 357 e 358.

<sup>996</sup> Cf. quanto às particularidades do caso inglês, John Eekelaar, *Empowerment and Responsibility*, 435, que aponta que, desde *White v. White*, a *equitable distribution* passou a ter dois objectivos e o primeiro destes é assegurar a satisfação das necessidades.

outro fundamento convincente para esta obrigação<sup>997</sup>, elegeram a *necessidade* como o “critério quase universal” dos alimentos pós-divórcio<sup>998</sup>.

A centralidade da necessidade exige-nos que encetemos uma tentativa de compreensão mais aprofundada do seu significado no contexto actual, sendo certo, todavia, que se tratará de uma tarefa difícil, tendo em conta que o único consenso que existe nesta matéria diz respeito à inconsistência da definição de necessidade<sup>999</sup>. No entanto, apesar da dificuldade experienciada pelos legisladores e pelos aplicadores da lei em chegar a um conceito unívoco de necessidade, há que ensaiar uma aproximação às opções subjacentes ao sistema português.

#### 1.2.2.2. Perspectiva qualitativa e perspectiva quantitativa da necessidade

Uma primeira aproximação, do ponto de vista qualitativo, diz respeito às categorias de necessidades que os alimentos pós-conjugais visam satisfazer<sup>1000</sup>.

A nossa lei, nas regras gerais dos alimentos, dispõe que alimentos são “tudo o que é indispensável ao sustento, habitação e vestuário” e, no caso de o alimentando ser menor, inclui-se também a instrução e educação deste (artigo 2003.º, n.ºs 1 e 2). Opta, assim, por efectuar uma enunciação que, aliás, reproduz o que já se encontrava disposto no Código de Seabra<sup>1001</sup>, mas cujas raízes são mais profundas e podem ser encontradas no Direito Romano. É certo que não se encontra nas suas fontes uma definição de alimentos – o que bem se compreende se tivermos presente a afirmação do jurista clássico IAVOLENUS, contida num fragmento do Digesto, de que “[n]o direito civil, toda a definição é perigosa” (D. 50, 16, 202: “*Omnis definitio in iure civili periculosa est.*”)<sup>1002</sup> – mas elas contêm alguns elementos (respeitantes ao

<sup>997</sup> Katherine S. Spaht, *Post-modern marriage*, 249.

<sup>998</sup> June Carbone, *The Futility of Coherence*, 43.

<sup>999</sup> Sobre o significado da “necessidade” no contexto norte-americano na era do *no-fault divorce*. ALI, *Principles of the Law*, 788 e 789.

<sup>1000</sup> Como, aliás, outros Códigos fazem. Cf. artigo 203 CCiv francês, §1610 (2) BGB, artigo 142 CCiv espanhol. Ainda que não sejam tratadas legislativamente, é uma apreciação que terá de ser feita pelo menos em sede de decisão.

<sup>1001</sup> Cf. artigo 171.º do Código Civil de 1867, nos termos do qual “ Por alimento entende-se tudo o que é indispensavel ao sustento, habitação e vestuario.§ unico. Os alimentos comprehendem, tambem, a educação e instrucção do alimentado, sendo este menor.»

<sup>1002</sup> Cfr., por ex., Sebastião Cruz, *Direito Romano*, 363, A. Santos Justo, *Direito Privado Romano*, 16; e António Alberto Vieira Cura, *Mora debitoris no Direito Romano Clássico*, 124 e 175, e nota 204.

legado de alimentos e aos alimentos devidos pelo tutor ao pupilo) que, de algum modo, nos permitem determinar o que os jurisconsultos romanos entendiam por alimentos e concluir que o conceito plasmado nos nossos códigos civis encontra aí a sua origem. Com efeito, em D. 34, 1, 6 refere-se que “[n]o legado de alimentos são devidos os mantimentos, o vestuário e a habitação, porque sem estas outras coisas não pode manter-se o corpo; mas não entra no legado o que se refere à educação”, ressaltando o fragmento seguinte (D. 34, 1, 7, pertencente a outro jurista), quanto à educação, que é assim “[a] não ser que se prove que o testador tinha outra intenção”; em D. 34, 1, 23 reafirma-se que o legado de alimentos “abrange o vestuário e a habitação”; em D. 50, 16, 234, 2, a respeito do significado da palavra “viver”, diz-se que “segundo pensam alguns, alude à alimentação, mas OFÍLIO, na sua obra *ad Atticum*, diz que tal palavra compreende também o vestuário e mantas, pois ninguém pode viver sem eles”, e em C. 5, 50, 2, 1 – que contém uma constituição imperial de ALEXANDRE SEVERO (do ano 223) –, a propósito dos alimentos prestados por um tutor aos pupilos, inclui neles o que “com razão se gastou para a alimentação, para os cuidados da educação e para os estudos”. Assim, os alimentos incluíam, em qualquer caso, a alimentação, o vestuário e a habitação; e, no caso dos impúberes (pelo menos no séc. III), também as despesas com a educação e os estudos<sup>1003</sup>.

A solução de enumeração das necessidades a que os alimentos se devem referir não é isenta de dúvidas. VAZ SERRA critica-a, por considerar que releva apenas o facto de se tratar de necessidades que possam considerar-se essenciais para a vida do alimentando, de acordo com a sua posição social ou condição na vida, que podem ser diferentes das enunciadas na lei<sup>1004</sup>. Mas alerta para a necessidade de evitar “critérios excessivamente amplos” que pudessem conduzir a onerar o obrigado com a satisfação de necessidades que não se pudessem considerar essenciais à vida<sup>1005</sup>.

Em diálogo com a posição de VAZ SERRA, quanto à propriedade da enunciação de categorias, consideramos que uma tal opção não deverá resultar na criação de um elenco taxativo, porque será difícil apreender o que são as “necessidades da vida” para cada sujeito, mas pensamos que tal distribuição desempenha um papel

---

<sup>1003</sup> Para uma síntese sobre a obrigação de prestar alimentos, no Direito Romano (que terá surgido somente no séc. II), vide Riccardo Orestano, *Alimenti (Diritto Romano)*, 482-484; Giuseppe Lavaggi, *Alimenti (Diritto Romano)*, 18-21 e Maria Gabriella Zoz, *In tema di obbligazioni alimentari*, 323-355.

<sup>1004</sup> Adriano P. S. Vaz Serra, *Obrigações de alimentos*, 110.

<sup>1005</sup> Adriano P. S. Vaz Serra, *Obrigações de alimentos*, 111.

indicativo importante, na medida em que guia o decisor na procura dos tópicos mais relevantes na definição dos alimentos.

Em primeiro lugar, encontraremos o “sustento”. Para VAZ SERRA, aqui incluem-se as tradicionalmente chamadas “necessidades de *manutenção*”<sup>1006</sup>, ou seja, as despesas de manutenção do alimentando, que são mais amplas do que a alimentação, e que incluem também, além das categorias enunciadas expressamente, habitação e vestuário, o “tratamento de moléstias”<sup>1007</sup>. MOITINHO DE ALMEIDA reiterava que o sustento se reportaria a tudo o que é indispensável para viver e, portanto, além da alimentação, também o “tratamento de moléstias”<sup>1008</sup>.

Assim, a *alimentação* é logo identificada como a necessidade primeira. É esta que responde, da forma mais chã, ao “interesse da vida”<sup>1009</sup> que os alimentos protegem<sup>1010</sup>. Na mesma lógica, seguem-se as *despesas de saúde* que, embora não previstas expressamente na fórmula do artigo 2003.º, são indiscutivelmente incluídas nas despesas alimentícias.

Autonomiza-se, ainda, no enunciado legislativo, a *habitação*. Esta matéria tem suscitado grandes reflexões noutros ordenamentos jurídicos<sup>1011</sup>. Entre nós, todavia, o problema, em sede de alimentos pós-divórcio, nem sempre se põe com tanta premência, dado que esta necessidade pode ter já recebido a resposta em sede de atribuição da casa de morada de família<sup>1012</sup>. Finalmente, a lei menciona o *vestuário*. E, para além destas categorias, o STJ teve também já oportunidade de incluir “despesas de deslocação”<sup>1013</sup>.

---

<sup>1006</sup> Luiz da Cunha Gonçalves, Tratado de Direito Civil, vol. II, 430 e vol. VII, 238.

<sup>1007</sup> Adriano P. S. Vaz Serra, *Obrigações de alimentos*, 111, nota 144.

<sup>1008</sup> Já assim se entendia no código de Seabra, v. L. P. Moitinho de Almeida, *Dos alimentos*, 269.

<sup>1009</sup> Pode discutir-se se as despesas de funeral também deverão ser incluídas. No sentido positivo, Adriano P. S. Vaz Serra, *Obrigações de alimentos*, 111, nota 144. Já Cunha Gonçalves, não as considerava abrangidas, com base nas normas de direito sucessório que atribuem esse encargo à herança do falecido (Luiz da Cunha Gonçalves, Tratado de Direito Civil, vol. II, 431). Para VAZ SERRA, este argumento não colhe, porque se supõe que o alimentando não tinha bens para satisfazer as suas necessidades, daí que conclua que “a obrigação de fazer face a estas despesas parece caber ao obrigado a alimentos.” Adriano P. S. Vaz Serra, *Obrigações de alimentos*, 112, nota 144. Todavia, concluir que a herança não tem bens para pagar tais despesas não estabelece um nexo com a obrigação do alimentante.

<sup>1010</sup> L. P. Moitinho de Almeida, *Dos alimentos*, 269.

<sup>1011</sup> Lenore Weitzman, *The Divorce Revolution*, 474.

<sup>1012</sup> Nuno de Salter Cid, A atribuição da casa de morada de família, especialmente 239 ss.

<sup>1013</sup> Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 04.12.1997 (Almeida e Silva) (processo n.º 97B765) ([www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt))

A aproximação que a lei portuguesa faz às categorias de necessidades a que respondem os alimentos no artigo 2003.º do Código Civil, seguindo aliás a tradição jurídica anterior, pareceria excluir os alimentos para *educação* do âmbito da obrigação pós-conjugal<sup>1014</sup>. Na verdade, a formulação do n.º 2 deste artigo reserva-os apenas para o alimentando menor, uma opção que, todavia, a própria lei inflecte ao consagrar o regime de alimentos do artigo 1880.º.

No que diz respeito aos alimentos pós-divórcio, devemos, novamente, ir mais longe. Parece-nos ser de operar uma interpretação actualista e extensiva da lei. Na verdade, tanto do ponto de vista social, em que houve uma alteração no entendimento dos grupos-alvo das necessidades educacionais, que deixaram de ser apenas crianças e jovens em formação, como, do ponto de vista jurídico, a tónica colocada na auto-suficiência dos cônjuges como caminho para o *clean-break* justifica esta inclusão. Na verdade, a admissibilidade destas despesas poderá aumentar o montante dos alimentos durante um determinado período, mas é apta a contribuir para que a duração destes seja menor, uma vez superada a situação de carência do alimentando ao adquirir capacidade para prover às suas necessidades por aquela via. Entendemos, assim, que deve existir uma instrumentalização relativamente à auto-suficiência, pelo que deve ficar excluída a cobertura de gastos com educação (formação ou qualificação académica ou profissional) que não se mostrem ligados com maiores perspectivas de emprego ou obtenção de ganhos patrimoniais. Esta ligação não tem de se estabelecer nos alimentos devidos a menores, que podem contemplar gastos com educação que têm o mero propósito da valorização pessoal<sup>1015</sup>.

Estas categorias parecem aptas a incluir a maior parte das situações em que se exprime a vida quotidiana, presente, do alimentando. Há, todavia, alguns casos em que se esbatem as *fronteiras temporais da necessidade*.

O problema do pagamento de dívidas olha para o passado. Na verdade, o alimentando pode ter contraído dívidas junto de terceiros para acorrer às suas necessidades, antes de ter proposto a acção de alimentos ou antes da constituição em mora do obrigado. Deverá o obrigado responder por estas? A doutrina divide-se entre os que consideram que o pagamento de dívidas não responderia às

---

<sup>1014</sup> Neste sentido, no regime anterior, Maria João Romão Carreiro Vaz Tomé, *O Direito à Pensão*, 319.

<sup>1015</sup> Remédio Marques fala de uma “melhor inserção social” do alimentando. J. P. Remédio Marques, *Algumas Notas sobre Alimentos*, 190.

necessidades do alimentando, mas à sua “situação de insolvência”<sup>1016</sup> e os que admitem este pagamento a título excepcional<sup>1017</sup>. Note-se, todavia, que o obrigado a alimentos não está obrigado a prestar alimentos para responder a situações de necessidade passadas. Vale aqui a regra *in praeteritum non vivitur*<sup>1018</sup>. E, deste modo, os alimentos são devidos apenas para o futuro.

Para além disso, o alimentante também não responde por eventuais necessidades futuras. Para fazer face a novas necessidades que venham a surgir, criou-se a possibilidade de alterar os alimentos fixados, por alteração das circunstâncias (artigo 2012.º). Há, todavia, que determinar se o pagamento de contribuições para a Segurança Social deve integrar as despesas cobertas pela obrigação de alimentos<sup>1019</sup>. Na verdade, pode considerar-se que se trata de prover a uma *necessidade futura* e, portanto, excluí-las do âmbito alimentar ou admitir a inclusão destes pagamentos, na medida em que a prestação das cotizações para a Segurança Social configura, ela própria, uma *necessidade actual*<sup>1020</sup>. Esta opção foi claramente tomada noutros ordenamentos em que a articulação do sistema da Segurança Social com o instituto dos alimentos pós-divórcio foi planeada pelo legislador. Veja-se o caso alemão, em que esta possibilidade está prevista expressamente, corporizada na figura do *Vorsorgeunterhalt*, cujo fim é permitir que o alimentado prepare a sua reforma<sup>1021</sup>.

Do ponto de vista quantitativo, a “necessidade” traduz-se no valor dos custos que o alimentado terá de suportar para fazer face à sua concreta situação de carência. A *amplitude* da necessidade que será suportada pela obrigação de alimentos depende, todavia, da determinação que fizermos do que é a necessidade *relevante*.

---

<sup>1016</sup> Entre nós, Adriano P. S. Vaz Serra, *Obrigação de alimentos*, 120.

<sup>1017</sup> Entre nós, ver Maria João Romão Carreiro Vaz Tomé, *O Direito à Pensão*, 320.

<sup>1018</sup> A regra *in praeteritum non vivitur* faz decorrer da ideia de que o direito a alimentos é um direito actual, que as necessidades a que a obrigação alimentícia responde sejam as necessidades presentes do alimentando. Tal é relevante não só ao nível da determinação das necessidades alvo deste instituto como para a questão de saber desde quando os alimentos são devidos. Eduardo dos Santos, *Direito da Família*, 653.

<sup>1019</sup> Neste sentido, Linda D. Elrod, Robert G. Spector, *A Review of the Year*, 672, dando nota de jurisprudência do Minnesota, que inclui na determinação da necessidade, montantes a ser dependentes em “poupanças” e “planos de reforma”.

<sup>1020</sup> Maria João Romão Carreiro Vaz Tomé, *O Direito à Pensão*, 315 e 317.

<sup>1021</sup> Nina Dethloff, *Familienrecht*, 195 e Gerd BRUDERMÜLLER, *Palandt Beck'sche Kurz Kommentare Bürgerliches Gesetzbuch*, Band 7, 74. Aufl., München, Beck, 2015, (§1578), 1914.



### 1.2.2.3. Conceito de necessidade relevante

As categorias de “necessidades” que *podem* ser satisfeitas pela obrigação de alimentos do ex-cônjuge e os custos concretos que o alimentado terá de suportar para as satisfazer adiantam pouco quando se trata de definir o que é a necessidade *relevante* para efeitos de funcionamento da obrigação de alimentos entre ex-cônjuges. Não nos diz como definimos o que é encontrar-se “em situação de necessidade”. Para este efeito, será mais importante determinar os critérios que apontam para a existência de tal pressuposto. Começemos por esboçar duas perspectivas possíveis de necessidade: uma mais restrita, baseada em critérios objectivos, e outra mais ampla, que lança mão de critérios de natureza subjectiva<sup>1022</sup>.

#### i. Necessidade objectivamente determinada

A necessidade entendida em sentido objectivo reportar-se-ia à necessidade *abstractamente* determinada<sup>1023</sup> segundo um critério universalista, enquadrado por circunstâncias objectivas de tempo e lugar. Uma primeira aproximação ao conceito de necessidade em sentido objectivo poderia levar-nos a reconduzir a resposta ao “problema da vida”, como sugestivamente explica M. NAZARETH LOBATO DE GUIMARÃES, “dessa vida tão imaterial que nem se consegue definir, mas que se conserva muito prosaicamente com o *cabaz de compras*”<sup>1024</sup>. Na verdade, no plano civilístico, CUNHA GONÇALVES encontrava já, no contexto do Código de Seabra, um “direito de subsistência”, “direito de existência física”, que serviria um estado de necessidade identificado com um “perigo imediato de morrer de fome”<sup>1025</sup>.

Não podemos hoje, todavia, identificar a necessidade, ainda que entendida em sentido objectivo, com o *mínimo de sobrevivência*. Tal limiar foi, aliás, já afastado no âmbito da nossa jurisprudência constitucional que se debruçou sobre o “direito ao

<sup>1022</sup> Efectuando esta distinção de necessidade em sentido subjectivo e objectivo, ver, entre nós, Maria João Romão Carreiro Vaz Tomé, *O Direito à Pensão*, 308. Também Remédio Marques aceita esta distinção. J. P. Remédio Marques, *Algumas Notas sobre Alimentos*, 186 e 187.

<sup>1023</sup> Ainda que possamos encontrar aqui uma “categorialidade”, referida a notas subjectivizantes, como os estádios da vida (infância, velhice) que, todavia, como nota LOUREIRO, não infirma a universalidade do direito à segurança social. João Carlos Loureiro, *Adeus ao Estado Social?*, 212 e 213.

<sup>1024</sup> Maria de Nazareth Lobato de Guimarães, *Alimentos*, 173.

<sup>1025</sup> Luiz da Cunha Gonçalves, *Tratado de Direito Civil*, vol. III, 11.

mínimo de existência condigna” como direito fundamental<sup>1026</sup> e a propósito da qual VIEIRA DE ANDRADE veio, entre nós, cunhar a fórmula «direito a um “mínimo *para* uma *existência* condigna”»<sup>1027</sup> que deve ser garantido pelas prestações sociais. O Autor vem sublinhar, com esta opção terminológica, que a garantia constitucional não se reporta à mera sobrevivência, ao mínimo dos mínimos dirigido à subsistência, mas que se estende “ao livre desenvolvimento da personalidade e à inclusão na sociedade”, visando “assegurar *condições* de dignidade” ao beneficiário<sup>1028</sup>. Esta existência *em* dignidade exige não só os meios que assegurem a subsistência<sup>1029</sup>, mas também o acesso a um “mínimo de participação na vida social, cultural e política”<sup>1030</sup>, como o Tribunal Constitucional Alemão veio reconhecer em decisão de 2010<sup>1031</sup>. E assim, como JOÃO CARLOS LOUREIRO o concretiza, a falta de garantia de recursos para efectivar o mínimo para uma existência condigna viola a dignidade do ser humano<sup>1032</sup>.

**ii. Necessidade subjectivamente determinada**

Pensamos, todavia, que não é neste primeiro nível que devemos situar o conceito de necessidade convocável para efeitos de funcionamento da obrigação alimentícia. Na verdade, a definição da necessidade que deve servir aqui de pressuposto molda-se em função de parâmetros de natureza subjectiva, que permitem, portanto, uma definição *concreta* deste estado. Tal entendimento é, parece-nos, já verdadeiro quando se trata de definir a “necessidade” no âmbito da

<sup>1026</sup> Para o recorte deste direito levado a cabo pela jurisprudência constitucional, ver João Carlos Loureiro, *Adeus ao Estado Social?*, 241 a 246.

<sup>1027</sup> José Carlos Vieira de Andrade, Anotação ao Ac. TC n.º 509/02, 29.

<sup>1028</sup> *Idem*.

<sup>1029</sup> Meios que, nas palavras de J.J. Gomes Canotilho, garantam a “libertação da angústia da existência”. J. J. Gomes Canotilho, *Direito constitucional*, 248-249.

<sup>1030</sup> Note-se que a própria definição de pobreza da União Europeia se refere-se ao facto de os “rendimentos e recursos [serem] de tal forma inadequados que as excluem de ter um nível de vida considerado aceitável na sociedade” e acrescenta que nestas condições as pessoas estarão “excluídas e marginalizadas da participação em actividades (económicas, sociais e culturais) que são habituais para outras pessoas, podendo o seu acesso aos direitos fundamentais ser restringido”. Comunicação da Comissão ao Conselho, ao Parlamento Europeu, ao Comité Económico e Social europeu e ao Comité das Regiões, Relatório Conjunto sobre a inclusão social que sintetiza os resultados da análise dos planos de acção nacionais para a inclusão Social (2003-2005), {sec(2003)1425}, p. 9 (<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:52003DC0773>).

<sup>1031</sup> BVerfG, 1 BVL 1/09, 9.02.2010, consultado na tradução em língua inglesa ([http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/lis20100209\\_1bvl000109en.htmlv](http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/lis20100209_1bvl000109en.htmlv)).

<sup>1032</sup> João Carlos Loureiro, *Responsabilidade(s), Pobreza e Mundo(s)*, 409.

obrigação alimentícia geral, mas agudiza-se quando nos debruçamos sobre a obrigação de alimentos entre ex-cônjuges<sup>1033</sup>.

A definição da necessidade segundo estes parâmetros beneficiou recentemente da atenção da doutrina belga, que se debateu com a alteração, em 2007<sup>1034</sup>, do artigo 301.º, § 3, alínea 1.ª do seu Código Civil. Esta norma deixou de se referir ao “nível de vida anterior” como padrão de referência e absteve-se de definir a necessidade<sup>1035</sup>. No entanto, a doutrina belga tem entendido que o “*état de besoin*” – que identifica com a noção do direito geral dos alimentos do artigo 205.º do mesmo Código (“*tout ce qui est nécessaire pour assurer la subsistance du créancier*”) – não é, nem ela, uma noção objectiva. É uma noção relativa que depende da educação, da situação profissional e da idade e necessidades reais da pessoa<sup>1036</sup>. Também no ordenamento jurídico alemão a distinção entre *Bedarf* e *Bedürftigkeit* depõe num sentido similar<sup>1037,1038</sup>.

Deste modo, esta segunda perspectiva que reconhece a *relatividade* do conceito de necessidade<sup>1039</sup> não implica que se abandonem completamente considerações objectivas, mas complementam-na com uma determinação baseada em critérios de natureza subjectiva, como a saúde, a idade, as qualificações académicas e profissionais, a condição social<sup>1040</sup>.

A obrigação de alimentos entre ex-cônjuges beneficia da consagração expressa no artigo 2016.º-A de uma lista de factores determinantes dos pressupostos do dever de alimentos, e, portanto, e antes de mais, da necessidade, o verdadeiro

---

<sup>1033</sup> Na jurisprudência belga considera-se que o estado de necessidade não deve ser “par référence au minimex comme dans les obligations alimentaires restreintes”. Segundo DANDROY, tal conduz a conferir ao estado de necessidade uma dimensão que o coloca entre a “cobertura das necessidades elementares e o nível de vida anterior”, excluindo daqui despesas sumptuárias do alimentando. Nathalie Dandroy, *Le lien alimentaire*, 70.

<sup>1034</sup> Lei de 27 de Abril de 2007.

<sup>1035</sup> Desta discussão dá-nos nota DANDROY. Nathalie Dandroy, *Le lien alimentaire*, 69.

<sup>1036</sup> Nathalie Dandroy, *Le lien alimentaire*, 70.

<sup>1037</sup> Nina Dethloff, *Familienrecht*, 185.

<sup>1038</sup> Na análise de Direito Comparado de DANDROY, FAVIER e GRANET, a Suécia é identificada como o ordenamento jurídico que efectua uma avaliação objectiva das necessidades, enquanto nos Países Baixos, Alemanha e Suíça, por exemplo, se opta pela perspectiva subjectiva. Nathalie Dandroy et al., *Les justifications de la prestation compensatoire*, s/p.

<sup>1039</sup> Apontando carácter relativo à necessidade, ver, entre outros, L. P. Moitinho de Almeida, *Dos alimentos*, 272, L. P. Moitinho de Almeida, *Os Alimentos no Código Civil*, 96, J. P. Remédio Marques, *Algumas Notas*, nota 214, 167, Maria João Romão Carreiro Vaz Tomé, *O Direito à Pensão*, 320 e 321, e, no plano internacional, entre outros, John Eekelaar, *Empowerment and Responsibility*, 437, Cristina Rolando, *Mantenimento e alimenti*, 41.

<sup>1040</sup> Neste sentido, já também L. P. Moitinho de Almeida, *Dos alimentos*, 272, e L. P. Moitinho de Almeida, *Os Alimentos no Código Civil*, 96.

gatilho desta obrigação. Estes funcionam como elementos densificadores do próprio conceito de necessidade e não são relegados para o plano de meros factores de quantificação da pensão alimentar<sup>1041</sup>, segundo cremos.

Na verdade, dizer que a “necessidade” é *relativa* no âmbito da obrigação de alimentos pode assumir dois significados diferentes. Significa que é na esfera *de cada um* que se determinam as despesas em concreto a que há que fazer face. Mas significa, antes de mais, no nosso entendimento do regime de alimentos pós-divórcio, que é em função da concreta situação de cada um e dos factores geradores da sua situação de carência que se fixa aquele que é o *nível* de necessidade *relevante* para justificar que o ex-cônjuge seja onerado com esta obrigação. Este nível vai, então, depender de uma avaliação do *porquê* da “necessidade”<sup>1042</sup> do requerente.

#### 1.2.2.4. Factores densificadores da necessidade relevante

A aproximação àquilo que podemos considerar ser a necessidade *relevante* para efeitos de justificar a obrigação de alimentos é-nos dada pela articulação de vários elementos. Na verdade, ao aderirmos a uma concepção subjectiva de necessidade, admitimos que a sua densificação teria de ser realizada através do concurso de uma série de critérios que dizem respeito à particular situação do requerente e que serão instrumentais para definir o que é a necessidade apta a convocar o instituto dos alimentos pós-conjugais<sup>1043</sup>. Ora, a lei leva a cabo uma enumeração dos factores que considera como relevantes para esse efeito no n.º 1 do artigo 2016.º-A, já que aqui elege um conjunto de critérios que entende enunciar

<sup>1041</sup> Já na lei anterior, VAZ TOMÉ defendia que os critérios plasmados na então norma do artigo 2016.º, n.º 3 deveriam relevar não só na determinação do montante da prestação, mas também ao nível do próprio reconhecimento do direito a alimentos. Maria João Romão Carreiro Vaz Tomé, *O Direito à Pensão*, 322. E, face ao novo regime, reitera-o, em *Considerações sobre alguns efeitos patrimoniais*, 165, nota 29, e *Algumas reflexões sobre a obrigação de compensação*, 455. E LOBO XAVIER parece admitir indirectamente o mesmo, ao defender que o estatuto de vida do casal e o padrão de vida anterior do requerente seja tida em conta quer no reconhecimento quer na quantificação do direito a alimentos pós-divórcio. Rita Lobo Xavier, *Recentes Alterações*, 42.

<sup>1042</sup> A relevância do “porquê” da necessidade é assumida, por exemplo, na lição de LEITE DE CAMPOS, quando considera que, ao contrário da regra que defende da duração limitada dos alimentos, nos casos em que um cônjuge impediu o outro de exercer uma actividade remunerada, ou o casamento o levou a abdicar dela, e depois do divórcio, por razões de saúde ou idade, se encontra impossibilitado de se auto-sustentar, o ex-cônjuge deveria sustentar o outro “indefinidamente”. Diogo Leite de Campos, *Lições de Direito da Família*, 311.

<sup>1043</sup> Também foi, este, parece-nos, o entendimento da CEFL plasmado no seu princípio 2:4 dos *Principles of European Family Law Regarding Divorce and Maintenance Between Former Spouses*, que não trata os factores enunciados como meros factores de quantificação, mas reconhece o diferente significado que podem ter como uma “adição clarificadora” ao princípio 2:3, onde se encontram plasmados os pressupostos dos alimentos. Katharina Boele-Woelki et al., *Principles of European Family Law*, 92.

expressamente ao lado de “todas as circunstâncias que influam sobre as necessidades do cônjuge que recebe os alimentos e as possibilidades do que os presta”. Temos assim um entendimento legal de necessidade como um conceito *polideterminado*, em que, ao lado das circunstâncias que o legislador crismou como relevantes para proceder à sua concretização, dá a possibilidade ao julgador de efectuar um juízo de pertinência, para o caso de ter a oportunidade de considerar outras<sup>1044</sup>.

Interessa, portanto, compreender o papel que diferentes critérios desempenham na determinação dos pressupostos dos alimentos pós-conjugais – e nesta sede particular, da necessidade. Na verdade, um tratamento nestes termos do conceito de “necessidade” pode permitir-nos, se não superar – porque não se assistiu a um corte com o modelo anterior –, pelo menos mitigar a inadequação da teoria tradicional da necessidade<sup>1045</sup>.

É certo que, na Reforma de 2008, a demanda pelo fundamento idóneo para os alimentos pós-divórcio – idóneo para onerar o ex-cônjuge com o sustento do outro, com precedência sobre os restantes familiares e dos mecanismos de natureza social – não se concluiu. Na verdade, na nossa Doutrina, VAZ TOMÉ atesta que a ausência de consenso relativamente ao *fundamento* da obrigação de alimentos pós-divórcio levou à “enumeração exemplificativa dos factores” do artigo 2016.º-A, n.º 1, como “factores a ter em conta na sua determinação”<sup>1046</sup>.

Pensamos que estes factores não se limitam a meros bordões auxiliares da quantificação da pensão alimentícia, mas operam também, num primeiro momento, ao nível da *densificação dos pressupostos* em que se ancora o surgimento do direito. Portanto, as circunstâncias do artigo 2016.º-A, n.º 1, são, nesta medida, também factores concretizadores do pressuposto da necessidade e, portanto, ainda que *indirectamente*, critérios que *influenciam* o próprio *reconhecimento* do direito a alimentos.

---

<sup>1044</sup> O princípio 2:4 dos *Principles of European Family Law Regarding Divorce and Maintenance Between Former Spouses* inclui aqueles factores que a CEFL considera serem o *common core* dos ordenamentos jurídicos que constituem a comissão. Estes compreendem as perspectivas profissionais dos cônjuges, idade e estado de saúde; o cuidado a filhos; a divisão de tarefas durante o casamento; a duração do casamento; o nível de vida do casamento; a existência de novo casamento ou relação estável. Estes são os critérios considerados de especial relevância, mas admite-se que outros sejam tidos em conta. Katharina Boele-Woelki et al., *Principles of European Family Law*, 92.

<sup>1045</sup> Sobre a inadequação da teoria tradicional de fundamentação na necessidade na jurisprudência norte-americana, ver ALL, *Principles of the Law*, 793.

<sup>1046</sup> Maria João Romão Carreiro Vaz Tomé, *Considerações sobre alguns efeitos patrimoniais*, 152.

É certo que não existe uma arrumação destes factores pela lei de forma autonomizada. De facto, também neste ordenamento jurídico se consagra um princípio de auto-suficiência (§ 1569 do BGB), mas admite-se o direito a alimentos, desde que se ascendam dois patamares. Assim, há que preencher os pressupostos de base de tal direito e que se traduzem na falta de recursos por parte do requerente (§ 1577 do BGB) e na possibilidade de pagar por parte do devedor (§ 1581 do BGB). Ultrapassado este patamar, a situação do requerente terá de se reconduzir a uma das hipóteses que justificam a concessão de alimentos, elencadas<sup>1047</sup> nas previsões legais dos §§ 1570-1576 do BGB e que constituem base para os alimentos<sup>1048</sup>.

O regime jurídico português não optou por um tratamento análogo. Na verdade, os factores do artigo 2016.º-A não estão nem sujeitos a um princípio da taxatividade<sup>1049</sup>, nem podem ser considerados *bases autonomizadas* para a concessão de alimentos. Pensamos, todavia, que terá interesse equacionar a relevância que cada um destes tem no preenchimento do conceito de necessidade e, assim, na própria compreensão do reconhecimento e do regime do direito a alimentos.

Não se diga, numa tentativa de obstar a esta aproximação, que convocar *também* neste primeiro momento do reconhecimento os factores do artigo 2016.º-A implica uma dupla contabilização destes. É verdade, sim, que existe uma *dupla consideração* – que aliás é comum a outros ordenamentos jurídicos – mas que não implica uma segunda avaliação da necessidade. Na verdade, ao nível do reconhecimento do direito, avalia-se se existe necessidade *relevante*; já no plano da determinação do montante da pensão de alimentos, esta necessidade assim determinada coordena-se com os recursos do obrigado, de modo a quantificar a medida dos alimentos a que o requerente terá direito, nos termos que veremos. Ora, se os pressupostos do direito de alimentos são precisamente as necessidades do alimentando e as possibilidades do alimentante, para determinar da sua existência há que saber se atingiram um nível que, por um lado, *convoca* e, por outro lado, *permite*, o pagamento destes alimentos. Assim, uma separação estanque entre a

---

<sup>1047</sup> Não obstante a abertura providenciada pela possibilidade de conceder alimentos com base na “equidade”, nos termos do §1576 BGB.

<sup>1048</sup> Helmut Borth, Handbuch des Scheidungsrecht, 816.

<sup>1049</sup> O artigo 2016.º-A, n. 1, refere-se a “*todas as circunstâncias* que influam sobre as necessidades do cônjuge que recebe os alimentos” (itálico nosso).

determinação da existência dos pressupostos da obrigação alimentícia e a determinação da sua medida seria sempre artificial.

Para excluir estes elementos do momento do reconhecimento, também não nos parece determinante o facto de constarem do artigo 2016.º-A, sob a epígrafe “Montante dos alimentos”. Na verdade, essa é a principal matéria tratada pelo artigo, mas surgem também outros temas que só indirectamente se reflectem no montante de alimentos. Veja-se o n.º 2 do artigo que se refere à prevalência que deve ser concedida a qualquer obrigação de alimentos a favor de filho do cônjuge devedor, relativamente à obrigação emergente do divórcio em favor do ex-cônjuge. Este preceito aponta, em primeira linha, para uma hierarquização das obrigações de alimentos em função dos seus credores e só reflexamente poderemos ver implicações no montante de alimentos, já que se tratará aqui de efectuar uma gestão dos recursos limitados do devedor. Não houve, assim, uma estrita preocupação de plena correspondência com o conteúdo ao eleger a epígrafe do artigo.

Adicionalmente, e ainda do ponto de vista de uma análise da letra da lei, parece-nos que, não obstante os factores do artigo 2016.º-A, n.º 1, serem apontados como instrumentais na determinação do *quantum* da prestação de alimentos (“[n]a fixação do montante dos alimentos deve o tribunal tomar em conta (...)”), eles são caracterizados como as “circunstâncias” em particular, de entre as que “de modo geral, (...) influam sobre as necessidades do cônjuge que recebe os alimentos e as possibilidades do que os presta”. São, deste modo, os factores que permitem a determinação dos pressupostos do direito a alimentos – as necessidades do alimentando e as possibilidades do alimentante. E acontece que é também da coordenação destes dois pressupostos que resulta a fixação da medida da prestação alimentícia.

Por fim, importa considerar a inclusão, com a Reforma de 2008, de dois novos factores no elenco (aberto) dos critérios de quantificação da prestação alimentícia. Na verdade, a “duração do casamento” e a “colaboração prestada à economia do casal” passaram a figurar no preceito do n.º 1 do 2016.º-A. Estes factores não eram, todavia, estranhos ao regime anterior dos alimentos pós-conjugais – simplesmente foram transplantados de outro contexto. De facto, desde a reforma de 1977, apareciam como a base que permitia ao tribunal conceder alimentos “ao cônjuge que a eles não teria direito” (artigo 2016.º, n.º 2, na versão do Decreto-Lei n.º 496/77, de 25 de Novembro). Estavam assim na base do próprio *reconhecimento* do direito a

alimentos do cônjuge que as regras do n.º 1, relativas à relevância da culpa, teriam afastado. Tal concessão fundava-se na equidade, na consideração de que descurar os contributos do cônjuge necessitado para o casamento se saldaria numa injustiça no caso concreto.

No contexto do antigo artigo 2016.º, n.º 2, definia-se que estes factores eram tidos em conta *a título excepcional*. Com a actual deslocação para uma norma que se refere à obrigação de alimentos entre cônjuges, em geral, aqueles dois factores deixam de estar confinados a uma situação excepcional. Perfilam-se ao lado dos outros que são identificados como critérios de quantificação da prestação. A sua inclusão neste elenco funciona em *dois sentidos* diversos. Por um lado, permite-lhes assumir, sem dúvida, o papel de “circunstâncias” que auxiliam na determinação do montante dos alimentos. Por outro lado, o facto de ingressarem na lista do artigo 2016.º-A também concorre para repensar o carácter dos restantes elementos, de modo a preservar a coerência da norma. Na verdade, a colaboração prestada e a duração do casamento não podem ser consideradas como circunstâncias que conformam, no momento da determinação da prestação, as necessidades em concreto a que a pensão alimentícia visa responder. São, isso sim, *fontes* da situação de necessidade, circunstâncias que potenciaram o surgimento da carência económica do alimentando. Assim, ao acolhê-los, o legislador atribuiu relevância a saber *de onde emergiu* a necessidade e abre a porta para a consideração por este prisma dos restantes factores. Assim, o facto de o legislador ter enumerado estes pressupostos pode ser entendido no sentido de que não é só o *quanto* destes e, em particular, da necessidade, que releva, mas o *porquê*. Pensamos que existe aqui um momento valorativo que não pode ser desprezado e que pode influenciar a determinação em concreto da obrigação de alimentos.

Isto *não* significa, todavia, que os critérios do artigo 2016.º-A apareçam como *pressupostos* do direito de alimentos. O nosso regime dos alimentos pós-divórcio obriga-nos à consideração da *necessidade* como ponto de partida irrenunciável para o reconhecimento do direito a alimentos. Já antes, aliás, no contexto do antigo artigo 2016.º, n.º 2, teria de se fazer prova da necessidade do requerente, simplesmente a duração do casamento e a consideração dos seus contributos permitiam justificar que se ultrapassasse o obstáculo da culpa que o impedia de aceder aos alimentos pós-conjugais. Apesar da presença da necessidade, no entanto, havia quem reconhecesse à obrigação de alimentos assim admitida natureza *compensatória* ou



mesmo *remuneratória* relativamente aos serviços prestados<sup>1050</sup>. SANTOS atribuía aos alimentos simultaneamente finalidade alimentar e compensatória. Admitia esta segunda vertente, defendendo que os alimentos teriam como fim compensar, na medida do possível, a *disparidade* que o divórcio causa nas *condições de vida dos cônjuges*<sup>1051</sup>. E é com base nestes elementos que LOBATO DE GUIMARÃES avança no sentido de conceber os alimentos pós-conjugais como “compensação-indemnização pela perda de benefícios da comunidade que fiquem sem cobertura”, “compensação pelo trabalho prestado à economia do casal” que não tenha tido remuneração específica, enquanto “pagamento de serviços não pagáveis”, e indemnização dos prejuízos causados pelos “ajustes necessários à vida comum”<sup>1052,1053</sup>.

Com a Reforma de 2008, no entanto, não se procedeu a uma recharacterização do direito a alimentos, abandonando o pressuposto da necessidade e adoptando uma perspectiva puramente compensatória, ainda que só confinada aos casos convocados por aqueles dois critérios. O facto de o pressuposto da necessidade ser incontornável e de estar, portanto, assente a *base assistencialista* dos alimentos pós-conjugais no sistema português, não significa que seja irrelevante considerar o papel que os elementos conformadores dos pressupostos dos alimentos – e em particular da necessidade, pelo carácter fundador que lhe reconhecemos – têm no reconhecimento de outros *propósitos (subordinados)* a este instituto. Na verdade, parece-nos que, quando associados a determinados factores geradores da necessidade, os alimentos pós-conjugais persistem na sua função original (i.e., *puramente assistencial* e com *fundamento solidarístico*), mas quando a génese ou o aprofundamento da necessidade estão ligados à própria *relação entre os cônjuges*, os alimentos podem assumir algumas *colorações compensatórias*, fundadas numa

---

<sup>1050</sup> No sentido da natureza remuneratória, v. Maria de Nazareth Lobato de Guimarães, *Alimentos*, 197, e Rita Lobo Xavier, *Recentes Alterações*, 42.

<sup>1051</sup> Eduardo dos Santos, *Direito da Família*, 405. Tendo por base a redacção anterior a 2008, SANTOS estabelecia um paralelismo com a prestação compensatória francesa, notando que os elementos enunciados no artigo 2016.º, n.º 3, do Código Civil português também se encontravam presentes na fixação da prestação compensatória. Confrontada com esta posição, Ângela C. S. Cerdeira, *Da Responsabilidade Civil*, 161, afasta a analogia conduziria a atribuir como finalidade à pensão de alimentos “compensar o desequilíbrio económico provocado pelo divórcio”, já que atribui a estes elementos apenas a função de auxiliar o juiz na determinação das necessidades do alimentando e das possibilidades do alimentante.

<sup>1052</sup> Maria de Nazareth Lobato de Guimarães, *Alimentos*, 197.

<sup>1053</sup> A favor da natureza indemnizatória do direito de alimentos, ao lado da natureza alimentar, ver Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 13 de Novembro de 1990 (proc. 79510), BMJ, n.º 401, Dezembro, p. 591, 595.

ideia de *responsabilidade*<sup>1054</sup>. Isto reflectir-se-á, se não no regime, pelo menos na concretização que os decisores farão das exigências deste.

Poder-se-ia avançar que a obrigação de alimentos pós-divórcio do nosso sistema só é compatível com a atribuição de natureza alimentar a esta figura, na medida em que se funda nas necessidades do alimentando e nos recursos do alimentante e o seu regime é marcado pelas características da irrenunciabilidade e da intransmissibilidade, e cessa em caso de falta de necessidade ou de novo casamento<sup>1055</sup> ou união de facto. Todavia, não estamos a defender a natureza compensatória autónoma da obrigação alimentar, mas uma finalidade secundária, que assenta num entendimento hábil do pressuposto da necessidade, sem o abandonar. E, se em vários momentos do regime, não se retiram todas as consequências daquilo que se prevê ao nível da determinação dos pressupostos (ou seja, da relevância de factores que apontam para finalidades compensatórias), pelo menos ao nível da determinação do montante essa consideração existe.

No regime actual do *assegno divorzile* italiano, também se joga com a presença de diferentes critérios na determinação da prestação alimentícia. Todavia, hoje o critério compensatório, assente no “contributo pessoal e económico” do cônjuge para a vida comum, já não é considerado, como no passado, fundamento autónomo da obrigação de alimentos. Só a necessidade funda esta obrigação e, portanto, a doutrina reconhece ao *assegno* uma natureza *assistencial*<sup>1056</sup>. Mas o critério compensatório continua a relevar ao nível da determinação do montante. Daí que, não obstante o propósito de lhe assegurar uma finalidade puramente solidarística, o “relevo secundário” dos outros factores, nomeadamente do compensatório, faça surgir dúvidas quanto a esta classificação<sup>1057</sup>. No contexto italiano, a verificação de uma situação de necessidade depende de o alimentado não ter “meios adequados” para se manter. Ora, não obstante se perfilarem diferentes posições<sup>1058</sup> quanto ao significado de “meios adequados”, a posição que ainda hoje

---

<sup>1054</sup> A tese francesa relativa à natureza da figura alimentar que precedeu a prestation compensatoire atribuía-lhe uma dupla face, alimentar e ressarcitória. Consistia numa indemnização em virtude da cessação prematura do dever de secours. J. Carbonnier, *Droit Civil*, Tome 2, 620 e 621.

<sup>1055</sup> Veja-se a argumentação de Pereira Coelho, a propósito da contestação da natureza indemnizatória da obrigação de alimentos. Pereira Coelho, *Curso*, 1970, 357.

<sup>1056</sup> BIANCA assinala-lhe natureza “exclusivamente” assistencial. C. Massimo Bianca, *Diritto Civile*, 248.

<sup>1057</sup> Antonino Totaro, *Gli Effetti del Divorzio*, 1635.

<sup>1058</sup> Giovanni Bonilini, *Manuale di Diritto di Famiglia*, 226.

prevalece é a da referência ao nível de vida do casamento<sup>1059</sup>, o que fornece um critério exterior de determinação do *an* da obrigação alimentícia.

No nosso caso, na ausência de critério exterior, na construção do pressuposto da necessidade intervêm logo considerações de natureza compensatória, ou seja, ainda no plano da determinação da necessidade relevante para convocar a obrigação de alimentos. Isto, todavia, não desvirtua o substrato do nosso sistema. Não existe obrigação alimentícia num plano completamente destacado de uma noção de necessidade. Simplesmente, esta assume uma natureza plástica em função dos factores que a determinam.

Isto significa que, atentando nos factores do novo artigo 2016.º-A que podem desempenhar um papel na génese da situação de necessidade<sup>1060</sup>, podemos proceder a uma distinção essencial, ainda que não absolutamente estanque. Podemos distinguir entre a necessidade que não tem uma ligação genética com o casamento<sup>1061</sup> e a necessidade que deriva do (ou é aprofundada pelo) casamento ou, para o dizermos com maior rigor, da relação entre os ex-cônjuges<sup>1062</sup>. Ou seja, nesta segunda categoria, a necessidade que deriva da *efectiva comunidade*<sup>1063</sup>, do facto de a vida comum no casamento ter conformado as situações individuais de cada um dos cônjuges, de modo a que um tenha ficado economicamente depauperado em virtude do funcionamento da relação conjugal, ou das responsabilidades conjuntas (mormente parentais) que se assumam após o casamento.

**i. Factores densificadores da necessidade relevante. Análise**

**a. Idade e estado de saúde**

<sup>1059</sup> C. Massimo Bianca, *Diritto Civile*, 243, e Antonino Totaro, *Gli Effetti del Divorzio*, 1639.

<sup>1060</sup> Há, todavia, factores que não criam necessidade, apenas a podem atestar ou infirmar (“os seus rendimentos e proventos”), como veremos infra.

<sup>1061</sup> A necessidade que se subsume à primeira categoria foi tratada exemplarmente no caso *Rosendale v. Rosendale*, no qual, no termo de um casamento de oito anos, a mulher fica permanentemente incapacitada em virtude de um acidente de automóvel. O tribunal considera não serem de afastar alimentos por razões de ordem pública. Ver a referência ao caso em June Carbone, *Back to the Future*, 229.

<sup>1062</sup> Na Suécia, as situações limitadas em que se admite um direito a alimentos pós-conjugal dizem respeito, precisamente, à necessidade causada pelo casamento. Katharina Boele-Woelki et al., *European Family Law in Action*, vol. II, 147.

<sup>1063</sup> Maria de Nazareth Lobato de Guimarães, *Alimentos*, 189.

A “idade” é o exemplo paradigmático dos factores da primeira categoria que não apresentam uma ligação com a relação entre os cônjuges. Resulta das “fatalidades” da vida (*schicksalbedingt*) e, portanto, apareceria como factor *criador de necessidade* em qualquer caso e ainda que aquela relação não existisse. Na verdade, o tempo decorreria e a idade avançaria sempre, inelutavelmente ao mesmo ritmo, independentemente da relação entre os cônjuges. E, se é certo que teremos tendência para associar uma idade mais avançada na altura do divórcio a um casamento de longa duração<sup>1064</sup>, tal não tem necessariamente de acontecer e o factor “idade” continua a relevar. Assim, num casamento de curta duração em que o ex-cônjuge necessitado é de idade avançada, a situação de impossibilidade de prover à sua subsistência em função deste factor pode existir e convocar a obrigação de alimentos por parte do seu antigo (ainda que breve) consorte.

Ora, quando a lei menciona a “idade” quererá referir-se, em princípio, a uma idade mais avançada<sup>1065</sup>. Um critério possível será o do limite de idade normal em que as pensões de velhice começam<sup>1066</sup>. Todavia, não a podemos associar a um limite fixo. E não o podemos fazer não só porque não existe um critério unívoco que nos permita definir a velhice<sup>1067</sup>, mas também porque pode não ser este limiar que está em causa. Na verdade, pode ser já particularmente difícil uma reintegração no mercado de trabalho (e, portanto, a possibilidade de se auto-sustentar) em determinadas áreas para as quais o ex-cônjuge necessitado é qualificado, ainda que não se tenha atingido o limiar da reforma.

Outro dos factores que potenciam a necessidade e que, em princípio, não estará ligado à relação com o requerido é a *saúde* do requerente. Será só “em princípio”, uma vez que determinadas patologias podem ter origem em situações criadas pela própria vida matrimonial. Pense-se, por exemplo, nas situações de *burn-out* associadas ao papel de cuidador, assumido em conformidade com o acordo

<sup>1064</sup> Veja-se, por exemplo, a associação que é feita na S. 25(2)(d) MCA 1973, que menciona lado a lado “the age of each party and the duration of the marriage”.

<sup>1065</sup> É também a “idade” que funda os alimentos previstos no §1571 BGB, desde que, em virtude desta, não possa exercer uma actividade remunerada (Erwerbstätigkeit). Esta situação tem de existir *no momento* do divórcio (n.º 1) ou quando termina o cuidado ou a educação de filho comum (n.º 2) ou a em caso de cessação das condições para os alimentos nos termos do §1572 e do §1573 BGB (n.º 3).

<sup>1066</sup> Gerd Brudermüller, *Palandt Beck'sche Kurz Kommentare* (§1578), 1890 e 891. Cf. a discussão em torno da idade de 65 anos enquanto fronteira, tomando em conta os dados do direito social (BGH 03.02.1999, 708,709).

<sup>1067</sup> Tentámos procurar esta definição, no nosso, O dever familiar de cuidar dos mais velhos, 47-49 e também em *Comentário ao art.º 25.º da Carta dos Direitos Fundamentais*, 316 e 317.

dos cônjuges quanto à contribuição para os encargos da vida familiar<sup>1068</sup>. Todavia, o facto de não se estabelecer a mencionada ligação com a assunção de responsabilidades comuns não relevará para excluir um direito a alimentos<sup>1069</sup>, tal como parece ser de desconsiderar o facto de já existir ao tempo da celebração do casamento ou de ser ou não conhecida das partes.

Quando a necessidade está ligada aos factores “idade” e “saúde”, a consideração da forma como se desenvolveu a relação entre os cônjuges não é essencial nem sequer determinante para que se concedam alimentos. Como explica DIEDERICHSEN, estes assentam, nesta sede, num princípio de solidariedade pós-conjugal e o casamento, neste enquadramento, produz efeitos como instituto jurídico isolado, quase só *de per se*<sup>1070,1071</sup>. São, portanto, factores que apontam para o desempenho de uma *função meramente assistencial* por parte da obrigação alimentícia.

#### b. Duração do casamento

O factor “duração do casamento” pode assumir uma dupla face. Pode ser considerado como um factor potenciador do funcionamento de outros critérios e pode ser-lhe concedida relevância autónoma. Quando invocado isoladamente (ou associado ao factor idade) aponta para uma ideia de solidariedade – os alimentos conjugais surgem como o efeito de uma vida partilhada, só por si. Nesta perspectiva, AULETTA considera que o juiz deverá ter em conta a duração da convivência conjugal, como elemento que comporta uma maior ou menor *habituação* do cônjuge ao nível de vida do casamento<sup>1072</sup>. Daí que os casamentos de curta duração surjam, em muitos contextos, como aptos a excluir a concessão de alimentos<sup>1073</sup>. Se a “duração

<sup>1068</sup> Neste caso em que há relação do estado de saúde deteriorado com a vida familiar, a situação merecerá tratamento análogo ao das necessidades que advêm da colaboração prestada à vida familiar.

<sup>1069</sup> Não é assim no ordenamento jurídico sueco no qual a relevância para efeitos de alimentos do estado de saúde ou de incapacidade para o trabalho depende do facto de ser resultado directo do casamento. Katharina Boele-Woelki et al., *Principles of European Family Law*, 346.

<sup>1070</sup> Uwe Diederichsen, *Zum Denken in Rechtsbegriffe*, 25 e 26.

<sup>1071</sup> Não é assim noutros ordenamentos jurídicos como o sueco, em que além de um entendimento mais estrito do princípio da auto-suficiência, tem de se associar à falta de meios para fazer face às necessidades básicas o facto de esta ser resultado do próprio casamento, sendo razoável obrigar o ex-cônjuge a prestar alimentos. AA. VV., *European Family Law in Action*, vol. II, 147.

<sup>1072</sup> Tommaso Auletta, *Diritto di Famiglia*, 252.

<sup>1073</sup> Cf. Katharina Boele-Woelki et al., *Principles of European Family Law*, 93. É o que acontece no caso holandês. Na Alemanha, o §1579 (1) BGB, conta o casamento de curta duração como um dos fundamentos para restringir ou negar a

do casamento” surgir ligada à “colaboração prestada à economia do casal” – e parecia ser esse o entendimento inicial<sup>1074</sup> –, concretiza a dimensão desta contribuição e pode, portanto, ainda suportar um propósito *compensatório* (subordinado).

Questiona-se se a relevância deste factor deve depender de uma *efectiva comunidade*<sup>1075</sup>, ou seja, deve ser tida em conta a vida em comum, e não simplesmente a duração do vínculo. Por um lado, o entendimento da “duração do casamento” como *efectiva comunidade*, embora não significasse que os cônjuges tivessem de manter comunhão de habitação, exigiria que não tivesse havido separação de facto, porque teria persistido a vontade de restabelecer a vida em comum, ao abrigo do projecto por ambos delineado. Na verdade, a exigência de *efectiva vida em comum* seria mais apta a suportar uma pretensão mais forte, não assente apenas no vínculo (e na solidariedade que dele emerge), cuja força persuasiva como fundamento da obrigação de alimentos pós-conjugal se encontra fragilizada no actual sistema de divórcio<sup>1076</sup>. No entanto, o contexto de separação de facto não significa necessariamente um corte absoluto em termos de colaboração dos cônjuges. Na verdade, nas hipóteses em que se invoca a colaboração na economia (na vida) familiar como geradora da necessidade, há que determinar se só uma *efectiva vida em comum* suporta uma série de comportamentos que possa justificar alguma responsabilidade pelo futuro económico do ex-cônjuge. Pense-se, por exemplo, no cuidado prestado aos filhos durante o período de separação de facto, que continua a integrar uma versão mitigada do projecto familiar.

Por outro lado, a tónica na relação entre aqueles sujeitos levou já alguns ordenamentos jurídicos a estender a possibilidade de contabilizar no período de “duração do *casamento*” o tempo em que estes coabitaram em condições análogas às dos cônjuges, antes da celebração do casamento. É o que acontece no caso sueco, no qual, apesar da visão restritiva da concessão dos alimentos, se contabiliza o tempo de coabitação que antecedeu o casamento nas situações raras em que se concedem

---

concessão de alimentos. Note-se que a jurisprudência alemã tem considerado como casamento de curta duração aquele que não completou os três anos. V. Gernhuber, Coester-Waltjen, Familienrecht, 318.

<sup>1074</sup> Maria João Romão Carreiro Vaz Tomé, *O Direito à Pensão*, 322.

<sup>1075</sup> Maria João Vaz Tomé considera que este sentido convoca uma interpretação restritiva da norma. Maria João Romão Carreiro Vaz Tomé, *O Direito à Pensão*, 322 e 323.

<sup>1076</sup> Cf. Cap. I.

alimentos sem limitação temporal<sup>1077</sup>. E é também uma tendência crescente na jurisprudência do Reino Unido, onde este período é considerado autonomamente, como outra das circunstâncias relevantes, ou é incluído na duração do casamento<sup>1078</sup>.

Parece-nos, todavia, que no nosso ordenamento jurídico nos perfilaremos com mais facilidade ao lado do entendimento que desconsidera o período anterior de convivência em condições análogas às dos cônjuges na determinação da duração do casamento<sup>1079</sup>. Na verdade, o enquadramento legal da união de facto não a equipara ao casamento, nem do ponto de vista da certeza e segurança quanto aos limites temporais desta relação<sup>1080</sup>, nem quanto ao quadro de direitos e deveres em que cada uma se desenvolve, uma vez que as pessoas unidas de facto não estão vinculadas por deveres conjugais. Este período, todavia, poderá eventualmente ser considerado como uma circunstância a ponderar, especialmente se determinadas opções foram tomadas tendo em vista o casamento, mas não podemos fazer recuar o que entendemos por relação matrimonial para além da sua celebração.

#### c. Colaboração prestada à economia do casal

A referência à “colaboração prestada à economia do casal” nos regimes dos alimentos geralmente aponta para sustentar pretensões compensatórias<sup>1081</sup>. Percebemos já que, de forma a proteger a confiança dos cônjuges no casamento e a criar espaço para a liberdade de decisão dos cônjuges ao organizarem a vida em comum, o ordenamento jurídico tem de criar mecanismos que construam uma rede de segurança em caso de ruptura da relação matrimonial. Assim, também a

<sup>1077</sup> Nos casos excepcionais em que não há limitação temporal da obrigação de alimentos, este período pode ser considerado. AA. VV., *European Family Law in Action*, vol. II, Swedish Report (Maarit Jänäterä-Jareborg).

<sup>1078</sup> Cf. Rebecca Porbert, *Cretney and Probert's Family Law*, 207. No caso *GW v RW*, Mostyn QC argumentou: “where a relationship moves seamlessly from cohabitation to marriage without any major alteration in the way the couple live, it is unreal and artificial to treat the periods differently”. *GW v RW* [2003] EWHC 611 (Fam) (34.)

<sup>1079</sup> Também no ordenamento jurídico alemão, por regra, um período prévio de coabitação não é tido em conta (Cf. BGH 6.2.2010, FamRZ 2010, 1971), todavia, nos casos em que os alimentos pós-conjugais são concedidos ao abrigo do §1570 BGB, este período de tempo dedicado ao cuidado dos filhos é adicionado à duração do casamento (§1579 (1) BGB).

<sup>1080</sup> No ordenamento jurídico belga, as dificuldades de prova são apontadas como o factor para afastar a relevância da coabitação nesta sede. Nathalie Dandoy, *Le lien alimentaire*, 86.

<sup>1081</sup> Veja-se, por exemplo, a presença do critério “contribuição pessoal e económica de cada um para a gestão família e a formação do património comum” na Lei do divórcio italiana (artigo 5, n.º 6) que, nos termos em que surgia antes da Reforma de 1987, era apontado como o critério compensatório e, portanto, sustentáculo da função compensatória do *assegno*. Na verdade, uma vez verificado aquele critério, prescindia-se de um desequilíbrio entre as posições económicas dos os cônjuges para conceder alimentos. Tommaso Auletta, *Diritto di Famiglia*, 247.

possibilidade de se vir a encontrar numa situação de necessidade que poderá ter de enfrentar sozinho não pode condicionar, por si, a vida em comum, quer no plano pessoal quer no plano patrimonial. Daí que os alimentos pós-conjugais possam também desempenhar este papel de rede de segurança, quando a necessidade foi criada ou se aprofundou pelo papel que um cônjuge desempenhou ao colaborar para a economia comum<sup>1082</sup>.

O reconhecimento da relevância desta contribuição vai ao encontro tanto da prossecução da eficiência servida pela especialização doméstica das mulheres, como defende a análise económica<sup>1083</sup>, como das posições da teoria feminista que pugna por esta valorização<sup>1084</sup>, embora nem sempre adira ao modelo clássico dos alimentos, como vimos.

Pode incluir-se na “colaboração prestada à economia do casal”<sup>1085</sup> a colaboração na actividade profissional, industrial ou comercial do outro cônjuge<sup>1086</sup>, mas também os seus contributos para a economia doméstica, através da prestação dos serviços implicados pela gestão doméstica e pelo cuidado dos dependentes, principalmente os filhos, e, em geral, investimentos específicos e opções de estilo de vida que tenham vindo a favorecer a vida comum com reflexos patrimoniais<sup>1087,1088</sup>. Esta será prestada, por regra, durante a vida comum. No entanto, como vimos, não podemos afastar sem mais a sua consideração no período de separação de facto. Na verdade, embora o projecto familiar não se encontre intacto, há manifestações residuais deste no cuidado dos filhos comuns ou numa contribuição para a prosperidade material que ainda reverta para a comunidade conjugal<sup>1089,1090</sup>.

---

<sup>1082</sup> Ainda no contexto do regime anterior, admitindo que a obrigação de alimentos pode desempenhar este papel de protecção da confiança, no direito português, v. J. P. Remédio Marques, *Algumas Notas sobre Alimentos*, 168, nota 214.

<sup>1083</sup> Veja-se a defesa da divisão do trabalho doméstico por sexos em Becker (Gary S. Becker, *A Treatise on the Family*, 37 e ss.) e a crítica de Estin (Ann Laquer Estin, *Can Families Be Efficient?*, 13).

<sup>1084</sup> Todavia, o pensamento feminista debate-se simultaneamente com a ligação estabelecida entre a especialização e a falta de igualdade de género.

<sup>1085</sup> E até com maior propriedade terminológica do que relativamente ao crédito compensatório, já que o preceito que o prevê se refere às contribuições para os encargos da vida familiar – o que, à partida, teria um significado mais estreito do que a “colaboração prestada à economia do casal” (ver *supra*).

<sup>1086</sup> Neste sentido, Maria João Romão Carreiro Vaz Tomé, *O Direito à Pensão*, 326. Em sentido contrário, por não considerar de acordo com o direito português, cf. Ângela C. S. Cerdeira, *Da Responsabilidade Civil*, 165.

<sup>1087</sup> Cf. Cap. I A.

<sup>1088</sup> Tratámos já daas várias dimensões desta colaboração em Cap. I A., pelo que remetemos para o que já escrevemos a esse propósito.

<sup>1089</sup> Note-se, no entanto, que se a separação de facto estiver provada no processo, qualquer dos cônjuges poderá requerer que os efeitos do divórcio retroajam à data, fixada pela sentença, em que a separação tenha começado, nos termos do n.º 2 do artigo 1789.º.



Todavia, o propósito da consideração deste factor no âmbito alimentício não se traduz em responder à colaboração propriamente dita, mas às consequências que estas opções no quadro do casamento tiveram na situação económica do alimentando<sup>1091</sup>. Deste modo, nos alimentos em que a *necessidade* tenha por fonte esta circunstância, continua a estar em causa responder a esta situação de carência do alimentando. Simplesmente, em função da sua génese, permite-se uma avaliação menos exigente do que é necessidade *relevante*, ou seja, o nível de necessidade apto a convocar a obrigação de alimentos pós-divórcio.

Os alimentos não assumem uma finalidade remuneratória, mas uma finalidade compensatória. Para além disso, a sua consideração pode determinar o nível de exigência que se imprima à auto-suficiência do alimentado, mais leve quando a dificuldade em angariar os seus próprios meios tenha na sua raiz este comportamento conjugal passado.

Todavia, a inclusão deste factor como determinante dos alimentos pós-conjugais cria a hipótese de sobreposição com os pressupostos dos créditos compensatórios e a sua dupla valoração e as possibilidades de conciliar as figuras será ainda objecto da nossa atenção.

#### d. Cuidado a prestar aos filhos

Para além da colaboração prestada à economia do casal, existe outra situação fundada na relação entre requerente e requerido que aparece como factor conformador da necessidade e que pode justificar uma vertente compensatória dos alimentos – o cuidado a prestar aos filhos após a ruptura da vida conjugal. Na verdade, e tendo em conta que o crédito compensatório deixa este fenómeno totalmente descoberto<sup>1092</sup> (porque não se trata de cuidado prestado durante o

---

<sup>1090</sup> Neste sentido, a jurisprudência italiana considera a colaboração no período de separação de facto para efeitos de cálculo dos alimentos. Cf. Cass. 20.03.1998, n.º 2955, Mass. Giu. It., 1998, 2018. Também, Antonino Totaro, *Gli Effetti del Divorzio*, 1645.

<sup>1091</sup> Neste sentido, também Maria João Romão Carreiro Vaz Tomé, *Algumas reflexões sobre a obrigação de compensação*, 451, e Maria João Romão Carreiro Vaz Tomé, *Considerações sobre alguns efeitos patrimoniais*, 165 e 166, em conformidade com o que já havia escrito em Maria João Romão Carreiro Vaz Tomé, *O Direito à Pensão*, 328 e 329.

<sup>1092</sup> Também se faz esta crítica aos *compensatory payments* do ALI, que toma em conta as *losses* ocorridas durante o casamento e não resultantes do cuidado aos filhos pós-divórcio. Joan M. Krauskopf, *Comments on Income Sharing*, 422.

casamento, mas posteriormente), o reconhecimento económico desta situação está ainda mais dependente do regime alimentar.

O foco que deve ser dado a este factor está em conformidade com a centralidade que as crianças e jovens – na sua qualidade de filhos também – assumem no direito da família actual<sup>1093</sup> e que conduz mesmo a defender um tratamento diferenciado das famílias com filhos relativamente às famílias em que estes não existam<sup>1094</sup>. Na verdade, os membros das famílias com filhos – e em particular os seus progenitores – vêem a sua liberdade de escolha individual restringida pela “responsabilidade continuada” – com vastas consequências sociais – que a parentalidade implica<sup>1095</sup>. E, assim, justifica-se que a sua situação, em particular no caso de ruptura familiar, seja acautelada pela lei. Ora, no caso de divórcio, uma das questões levantadas pelo cuidado dos filhos diz respeito à condição económica do cuidador principal<sup>1096</sup> – um problema que adquire uma dimensão superior se pensarmos na medida em que esta condição se reflecte na prossecução do superior interesse do filho<sup>1097</sup>.

A percepção da especificidade destas situações levou à consagração no direito alemão do *Betreuungsunterhalt*. No § 1570 do BGB, é prevista a possibilidade de o cônjuge divorciado poder pedir alimentos com fundamento no cuidado ou educação prestadas ao filho do (ex-)cônjuge, pelo menos pelo período de três anos após o nascimento. Para tal, tem-se em conta a disponibilidade de serviços de creche, por exemplo, e as específicas exigências levantadas pelo cuidado do filho (que advêm, por exemplo, de necessidades educativas especiais). Em suma, existe este direito enquanto não se possa esperar que o ex-cônjuge assumira uma actividade profissional em virtude do cuidado dos filhos. A pretensão pode ainda ser temporalmente

---

<sup>1093</sup> Ver, entre outros, John Eekelaar, *Social Policy*, 25 e William Galston, *A Liberal-Democratic Case*, 154. Para Galston, o primeiro candidato a uma lógica de diferenciação é a lei do divórcio. Considera, aliás, que se deve voltar a considerar a disponibilidade do divórcio *no-fault* nos casos em que haja filhos. *Ibidem*, 152, 153. Entre nós, Guilherme de Oliveira, cunha a expressão “hipervalorização da relação com os filhos”, como traço caracterizador do Direito da Família actual. Guilherme de Oliveira, *Queremos amar-nos*, 342.

<sup>1094</sup> Veja-se, na corrente comunitarista, William Galston, *A Liberal-Democratic Case*, 152. Para o Autor, “do ponto de vista moral”, há uma grande diferença entre famílias com filhos e famílias sem eles. As famílias sem filhos podem ser vistas como “acordos consensuais” (*consensual arrangements*) que implicam os interesses dos seus membros e os princípios da liberdade e da escolha individuais podem ser os mais apropriados. As famílias com filhos estão envolvidas em actividades com consequências sociais mais vastas. Justifica-se, portanto, para Galston, que a lei trate estes dois tipos de família de forma diferente. *Idem*.

<sup>1095</sup> William Galston, *A Liberal-Democratic Case*, 152.

<sup>1096</sup> William Galston, *A Liberal-Democratic Case*, 153.

<sup>1097</sup> Para aqui se orienta a posição comunitarista, que considera que, de acordo com o Princípio *Children First*, o interesse da criança deve ser fundamental na determinação das consequências do divórcio. A. Etzioni, *Preamble*, xxix.

estendida, com base na equidade, tendo em conta as opções quanto ao exercício de actividade remunerada tomadas durante o casamento, determinadas pelo cuidado dos filhos e a duração deste (§ 1570 (2) do BGB). Esta é considerada a pretensão alimentar mais importante, de tal modo que se pode afirmar que a lei alemã parte do princípio de que os alimentandos que cuidam dos filhos são especialmente dignos de tutela, e por isso, no elenco dos credores de alimentos, aparecem em segundo lugar, a seguir aos filhos menores<sup>1098</sup>.

Uma autonomização similar dos alimentos a prestar ao cuidador não se operou no nosso direito, mas o contexto de valorização crescente do cuidado parental repete-se na história mais recente do direito português<sup>1099</sup>. Não se estranhará, então, que equacionemos o papel que os alimentos pós-divórcio podem desempenhar na relação com a assunção destas responsabilidades. O cuidado dos filhos seria, aliás, um poderoso fundamento para alicerçar os alimentos entre ex-cônjuges em novas bases. EEKELAAR propôs uma base essencialmente compensatória para estes alimentos. Para o Autor, com os alimentos pós-divórcio, trata-se de suprir *o risco económico desigual* que a parentalidade põe sobre homens e mulheres, embora acabe por ir tão longe de modo a preconizar um princípio de igualdade de resultado<sup>1100</sup>.

A consideração do “cuidado dos filhos” no âmbito dos alimentos pós-conjugais reveste-se de particular importância, especialmente se atentarmos na ligação que se estabelece entre famílias monoparentais e pobreza<sup>1101</sup>, já que um dos grupos mais vulneráveis à carência económica é composto por adultos sozinhos (maioritariamente mulheres) com pelo menos um filho<sup>1102</sup>. A divisão das responsabilidades após o casamento decalca, em regra, a distribuição em função do género que se operou durante o casamento. E, assim, a mãe-cuidadora principal acaba por suportar os principais fardos que advêm do divórcio. De facto, a esta não é permitido um verdadeiro *clean break*, que lhe permita apresentar-se no mercado de trabalho como o “trabalhador ideal”<sup>1103</sup>. Assinalam-se, também, além das grandes

---

<sup>1098</sup> Nina Dethloff, Familienrecht, 189.

<sup>1099</sup> Sobre esta evolução, ver Rosa Martins, *(In)capacidade e Cuidado Parental*, 157 ss.

<sup>1100</sup> John Eekelaar, Equality and the Purpose of Maintenance, 198 e John Eekelaar, Are Parents Morally Obligated, 353.

<sup>1101</sup> Ana Maria Braga da Cruz, Cobrança da Pensão de Alimentos, 108. Em 2001, os agregados familiares compostos por um adulto sozinho com pelo menos um filho maior de 16 anos apresentavam taxas de pobreza de 17%.

<sup>1102</sup> Ana Maria Braga da Cruz, Cobrança da Pensão de Alimentos, 108.

<sup>1103</sup> Na verdade, apesar da progressiva inserção em massa no mercado de trabalho que permite às mulheres terem recursos próprios, segundo BECK e BECK-GERNSHEIM, os novos regimes do divórcio, a falta de salvaguardas sociais, os

desvantagens enfrentadas pelas mães sós no mercado de trabalho, aquelas que transportam para o “mercado do casamento”<sup>1104</sup>. Assim, as mães-cuidadoras divorciadas contribuem de forma significativa para engrossar as hostes da “feminização da pobreza”<sup>1105</sup>.

Este fenómeno social foi tido em conta na Reforma de 2008, que teve em mente que o facto de a residência das crianças ser geralmente fixada junto das mães em caso de divórcio gera “situações de perda e desequilíbrio financeiro [que] atingem também as condições de vida dos filhos”<sup>1106</sup>. Todavia, na sequência deste reconhecimento, não convoca o dever de alimentos pós-conjugal como paliativo para esta situação, mas investe legislativamente num maior protagonismo dos pais, almejando uma partilha mais igualitária de tarefas entre os géneros<sup>1107</sup>.

Há, no entanto, que considerar com autonomia a necessidade económica que se associa às responsabilidades de cuidado dos filhos. Na verdade, os chamados custos económicos da maternidade (“*mothering*”) têm um particular efeito na condição económica da mãe-cuidadora principal, distinguindo-a não só da condição do pai<sup>1108</sup>, devido à persistência dos papéis conjugais, mas também da mulher que não é mãe-cuidadora<sup>1109</sup>. Na verdade, com o divórcio, os cuidadores de crianças – e, em particular, de crianças pequenas – são libertados para começarem novas vidas não como “trabalhadores ideais” mas como “cuidadores marginalizados”<sup>1110</sup>. Daí que, no caso de divórcio em que haja filhos pequenos, o *clean break* tenha graves consequências para o cuidador principal e não haja uma verdadeira oportunidade para um *fresh start*. Daí também que surjam posições a defender que, com a dissolução do casamento, não se dá o “fim do casamento”<sup>1111</sup> – ou seja, enquanto

---

obstáculos dentro do mercado de trabalho e o encargo principal quanto às tarefas familiares traçam o verdadeiro significado do processo de “individualização” para as mulheres. Ulrich Beck; Elisabeth Beck-Gernsheim, *The Normal Chaos of Love*, 28 e ss., especialmente 31.

<sup>1104</sup> Mary Ann Glendon, *The Transformation of Family Law*, 236, e Cécile Bourreau-Dubois, Myriam Doriat-Duban, *Analyse économique de la prestation compensatoire*, 199.

<sup>1105</sup> Cécile Bourreau-Dubois, Myriam Doriat-Duban, *Analyse économique de la prestation compensatoire*, 198.

<sup>1106</sup> Exposição de Motivos do Projecto de Lei n.º 509/X, 11.

<sup>1107</sup> *Idem*.

<sup>1108</sup> Cynthia Lee Starnes, *Mothers as Suckers*, 1523.

<sup>1109</sup> Cynthia Lee Starnes, *Mothers as Suckers*, 1519, e Cynthia Lee Starnes, *Reflections on Betty Crocker*, 285 a 294.

<sup>1110</sup> Cynthia Lee Starnes, *Mothers as Suckers*, 1539. Entre nós, v. Maria João Romão Carreiro Vaz Tomé, *Qualidade de vida*, 57.

<sup>1111</sup> Cynthia Lee Starnes, *Mothers as Suckers*, 1540.

existir a responsabilidade, que é de ambos os cônjuges, de criar os filhos, aqueles não deixam de estar associados, desta feita, ao nível da parentalidade.

Não nos podemos esquecer, porém, ao lançarmos mão da co-parentalidade para justificar alimentos, que esta situação não é privativa do casamento e da sua dissolução<sup>1112</sup>. Assim, há que perceber se a especial relevância dada ao cuidado dos filhos justifica um tratamento análogo ao nível da obrigação alimentar entre pais que foram casados e aqueles que nunca viveram no contexto do casamento.

O problema foi tratado no ordenamento jurídico alemão, onde se podem conceder alimentos (*Betreuungsunterhalt*) tanto ao progenitor-cuidador divorciado como ao que nunca teve este vínculo e cujas diferenças de regime foram minimizadas, mas não deixaram de existir<sup>1113</sup>. Na verdade, apesar da clara proximidade das duas situações, alega-se, o contexto do casamento motiva determinadas decisões, plasmadas no acordo dos cônjuges – por exemplo, não recorrer a serviços de cuidado dos filhos externos à família – que podem fundar uma análise diferente das duas realidades<sup>1114</sup>. Em 2006, o BGH pronunciou-se acerca desta distinção, afastando a inconstitucionalidade da regra que concedia um maior prazo para os alimentos para cuidado dos filhos a ex-cônjuges relativamente ao concedido ao progenitor-cuidador nunca casado, pelo facto de a assunção de responsabilidade mútua introduzida pelo casamento continuar a existir mesmo depois de o casamento ter sido dissolvido. A solidariedade pós-conjugal, sustenta o BGH, justifica privilegiar os cônjuges divorciados quanto à duração dos alimentos<sup>1115</sup>.

O ordenamento alemão trata já de um caminho que (ainda) não foi feito pelo legislador português. Enquanto naquele caso se tratava de discutir a diferença de regime do *Betreuungsunterhalt* quando concedida a progenitores ex-cônjuges e

---

<sup>1112</sup> Na verdade, a partir de dados dos Censos de 2011, conclui-se que, apesar de os casais casados que vivem com filhos representarem 51,3% dos núcleos de casais com filhos, têm sofrido um declínio, enquanto os casais não casados com filhos representaram o tipo de núcleo com maior crescimento entre 2001 e 2011. Vanessa Cunha; Susana Atalaia, A evolução da conjugalidade em Portugal, 160 e 161.

<sup>1113</sup> Kathrin Kroll, *The Reform*, 99. Apesar de a distinção entre cônjuges divorciados e progenitores que não casaram em termos de *Betreuungsunterhalt* ter sido minimizada, não deixou de existir. Segundo Kathrin Kroll teria sido uma solução melhor introduzir uma única norma para os progenitores que cuidam dos filhos, fossem ou não casados. A Autora já havia proposto um tratamento único para as situações, cujo critério central fosse o interesse da criança. Kathrin Kroll, *Zwischen Vertragsfreiheit*, 20.

<sup>1114</sup> A reforma deixa em aberto a questão de saber como se lida com o acordo dos cônjuges durante o casamento de não recorrer a serviços públicos de cuidado dos filhos. Helmut Borth, *Handbuch des Scheidungsrecht*, 816.

<sup>1115</sup> Kathrin Kroll, *The Reform*, 99.

aqueles que nunca tinham sido ligados pelo casamento, no contexto português não podemos sequer sustentar alimentos pós-divórcio com fundamento autónomo no cuidado dos filhos, nem alimentos concedidos a progenitor não casado com base neste cuidado. Na verdade, apenas podemos encontrar entre nós, os alimentos devidos à mãe, previstos no artigo 1884.º, n.º 1, do Código Civil, que prevê que o pai não unido pelo matrimónio à mãe do filho seja obrigado, “desde a data do estabelecimento da paternidade, a prestar-lhe alimentos relativos ao período da gravidez e ao primeiro ano de vida do filho”<sup>1116</sup>.

A solução dos alimentos pós-conjugais fica, no entanto, bastante aquém de propostas que, partindo da análise da mesma realidade – da constatação das iniquidades económicas que surgem entre pais divorciados durante a menoridade dos filhos, em virtude de o progenitor-cuidador suportar sozinho os custos pós-divórcio para a sua carreira do cuidado dos filhos – avançam para modelos de divisão de rendimento pós-divórcio durante a tarefa inacabada de criar os filhos menores<sup>1117</sup>. No modelo de *parental partnership* de STARNES, a existência de filhos é classificada como um *unfinished partnership business* entre os ex-cônjuges, na medida em que, havendo filhos, os pais assumem um compromisso mútuo adicional de os cuidar e sustentar<sup>1118</sup>. Esta *parenting partnership* complementa a *marital partnership*, mas não se sobrepõe a ela, que continua a definir a relação<sup>1119</sup>.

O legislador teve a percepção da inadequação do *clean break* em caso de casamento com filhos quando procedeu a alterações legislativas noutra sede – ao modificar o regime das responsabilidades parentais após o divórcio. Na verdade, neste contexto, optou por soluções que visam o maior envolvimento dos pais na vida dos seus filhos menores, impondo-se a nova regra do exercício conjunto das responsabilidades parentais quanto a questões de particular importância para o filho em caso de ruptura do casamento (artigo 1906.º, n.º 1 do Código Civil). Quer sublinhar-se a ideia de que o fim da relação conjugal não significa o fim da relação parental<sup>1120</sup>. E assim, ainda que o vínculo entre os cônjuges tenha terminado,

<sup>1116</sup> Sobre o alcance deste artigo, ver *infra* Cap. VI B. No Brasil, a cobertura da figura dos “alimentos gravídicos” *para além da gravidez* está dependente de juízo médico. V. Douglas Phillips Freitas, Alimentos gravídicos.

<sup>1117</sup> Cf. *infra*.

<sup>1118</sup> Cynthia Lee Starnes, *Mothers as Suckers*, 1544.

<sup>1119</sup> Como vimos *supra*.

<sup>1120</sup> Exposição de motivos do Projecto de lei n.º 509-X, 8. Esta opção está em consonância com a ideia de manutenção de relações com os progenitores, que deve ser valorizada, independentemente do estatuto conjugal ou da residência. Guilherme de Oliveira, *Transformações do Direito da Família*, 776 a 779, e Mary Ann Glendon, *Introduction: Family Law in a Time of Turbulence*, 14 e 15.

mantém--se a trilateralidade da relação parental<sup>1121</sup>, que teima em preservar ainda um laço entre os progenitores, por mediação dos filhos. Deste modo, ao optar por uma regra de partilha das responsabilidades parentais, o legislador deixa de poder almejar o *clean break* nestes casos, o que, coerentemente, também deverá ser reflectido no enquadramento jurídico da situação do cuidador.

O exercício conjunto das responsabilidades parentais é um regime reclamado e justificado por diferentes interesses. Assim, além da centralidade do interesse da criança subjacente ao seu discurso legitimador, também encontramos, simultaneamente, a linha feminista que reclama uma “partilha mais igualitária das tarefas” no cuidado dos filhos<sup>1122</sup> e os grupos de defesa dos direitos dos pais após o divórcio<sup>1123</sup>. Não é, todavia, uma solução isenta de críticas, que passam tanto pela possibilidade de potenciar conflitos entre os pais/ex-cônjuges<sup>1124</sup>, como pela sua inadequação à realidade social da repartição do cuidado parental nas famílias portuguesas<sup>1125</sup>. Avança-se ainda que o exercício conjunto pode trazer consequências negativas para os filhos do ponto de vista económico, já que o progenitor residente pode aceitar montantes mais baixos por receio que a residência do filho não seja fixada junto de si ou vê-los reduzidos ou eliminados em virtude das estadias em casa do outro progenitor<sup>1126</sup>.

Note-se, todavia, que a nova regra do regime das responsabilidades parentais se refere apenas ao exercício conjunto relativamente às questões de particular importância. É assim uma solução que tem implicações ao nível do suprimento da incapacidade do filho enquanto menor, ao nível do processo decisório. Implica um maior envolvimento de ambos os progenitores nos momentos-chave da sua vida, mas não compreende necessariamente o desempenho partilhado das tarefas de cuidado, porque não tem de se espelhar necessariamente em soluções de residência. É assim, tais tarefas continuam a pertencer, no seu grosso, ao progenitor residente. É

---

<sup>1121</sup> No Direito da filiação, no sentido da trilateralidade da relação, v. Guilherme de Oliveira, *Critério Jurídico da Paternidade*, 249.

<sup>1122</sup> Esta foi, aliás, uma posição veiculada na Exposição de motivos do Projecto de Lei n.º 509-X, 11.

<sup>1123</sup> Maria Clara Sottomayor, *Regulação do Exercício das Responsabilidades*, 253.

<sup>1124</sup> Cristina M. Araújo Dias, *Uma Análise do Novo Regime*, 49.

<sup>1125</sup> Reclama-se que esta soluções parte do princípio de que “partilha de responsabilidades já existia consensualmente na vigência do casamento, o que está por demonstrar na sociedade portuguesa”. Rita Lobo Xavier, *Recentes Alterações*, 65. Maria Clara Sottomayor, *Regulação do Exercício das Responsabilidades*, 253 e 254.

<sup>1126</sup> No sentido da inexistência de uma relação sinalagmática entre “o direito de visita e o direito de alimentos, v. Helder Roque, *Regulação do exercício do poder paternal*, 144. Parecendo estabelecer esta relação, v. Maria Clara Sottomayor, *Regulação do Exercício das Responsabilidades*, 316-318.

o desempenho destas tarefas que potencia as situações de desequilíbrio financeiro, e eventual carência, do progenitor-cuidador.

É certo que o esquema de *um* progenitor-residente não é o único possível. Na verdade, e apesar das vozes críticas<sup>1127</sup>, têm-se tornado mais frequentes as soluções de residência alternada, embora não sejam um perfil comum<sup>1128</sup>. Nestes casos, há então que averiguar da influência deste esquema de guarda nas necessidades de cada um dos progenitores, sendo que, pelo menos em teoria, nenhum ficará mais sobrecarregado do que o outro.

Note-se que, na determinação da residência, as condições económicas dos pais não constituem critério atendível e é o melhor interesse do filho que deve nortear qualquer decisão. Deste modo, pode ser o progenitor com uma situação material mais deficiente ou aquele cujos meios económicos sofram mais com a imposição do encargo de cuidado dos filhos quem os venha a ter entregues a si como cuidador principal. Daí a relevância de acautelar o enquadramento económico do cuidado dos filhos.

Não se quer com esta afirmação aderir a um *modelo de fusão dos alimentos a filhos menores com os dos progenitor-cuidador*<sup>1129</sup>. É certo que esta compartimentação dos direitos dos filhos e dos ex-cônjuges tem sido objecto de contestação noutros contextos<sup>1130</sup>, mas existem diferenças estruturais entre os alimentos prestados a filhos e prestados ao ex-cônjuge a vários níveis<sup>1131</sup>. Uma das mais significativas centra-se no facto de existir uma obrigação de providenciar que o nível de vida do filho não fique aquém do do progenitor prestador de alimentos<sup>1132</sup>, que não se encontra relativamente a ex-cônjuge<sup>1133</sup>. Todavia, na prática, o facto de existir comunhão de vida entre o filho e o progenitor-cuidador não deixa de exigir

---

<sup>1127</sup> Maria Clara Sottomayor, *Exercício conjunto das responsabilidades parentais*, 138 a 140.

<sup>1128</sup> No estudo de TRINDER publicado em 2010, a Autora conclui que existe um progressive aumento deste modelo, mas que continua a ser relativamente for a do comum, mas nota uma mudança no perfil das famílias, que agora não se reduzem aos pais altamente cooperantes. Liz Trinder, *Shared Residence*, 494.

<sup>1129</sup> Joan M. Krauskopf, *Comments on Income Sharing*, 419.

<sup>1130</sup> V. por todos, June Carbone, *Income Sharing*, 381 e 382.

<sup>1131</sup> Os alimentos a filhos e a ex-cônjuges são estruturalmente diferentes, até porque as realidades que lhe estão subjacentes são diferentes, apesar de espaços de comunicação. Desde logo, a dimensão de livre saída da relação que existe no âmbito conjugal não se repete na relação parental. Realidades que não se confundem. Há influência das duas realidades, mas são duas realidades distintas. Ver Carolyn J. Franz/Hanoch Dagan, *Properties of Marriage*, 80-81, nota 15.

<sup>1132</sup> Neste sentido, J. P. Remédio Marques, *Algumas Notas*, 190.

<sup>1133</sup> Cf. infra.



que este comungue, ainda que residualmente (ao nível das condições de habitabilidade, por exemplo), das suas condições de vida.

Relativamente aos alimentos concedidos ao ex-cônjuge que é também o progenitor-cuidador, também não é possível apontar para um verdadeiro *modelo remuneratório*<sup>1134</sup>. Este implica uma quantificação razoável do valor do cuidado assumido pelo progenitor que tem a seu cargo “uma parte desproporcionada da *parenting partnership* após o divórcio”, mas que está sujeita às críticas da comoditização deste cuidado de que já tratámos supra <sup>1135,1136</sup>. Todavia, no nosso sistema, não se trata de retribuir por um serviço prestado, mas de compensar pela maior assunção das responsabilidades comuns que comportem sequelas a nível económico, que se possam traduzir numa situação de “necessidade”. Assim, se não existir um depauperamento<sup>1137</sup>, a qualquer nível, que resulte deste factor, não se pode convocá-lo no âmbito alimentar.

Podemos, por fim, configurar um *terceiro modelo*, mais modesto nos seus objectivos, mas ainda assim com uma lógica compensatória subjacente, e mais conciliável com o novo modelo de casamento e de divórcio da Reforma de 2008. Neste, os alimentos visam responder à “necessidade”. Ora, quando a situação de desfavor económico foi criada ou potenciada pelo cuidado aos filhos, haverá uma menor exigência na determinação do que é necessidade *relevante* para efeitos do direito a alimentos. Não é necessário, assim, que estejamos perante uma situação de verdadeira “carência”, mas poderá bastar um *decrécimo assinalável* no nível de vida do cuidador em virtude desse cuidado. Assim, o factor em causa pode ser tomado em especial consideração ao nível da densificação em concreto do regime dos alimentos, desde logo ao nível da determinação do pressuposto da necessidade, mas também noutros momentos do regime, como veremos, nomeadamente do montante a receber (aqui a referência é expressa), mas eventualmente também da duração dos alimentos.

---

<sup>1134</sup> Cynthia Lee Starnes, *Mothers as Suckers*, 1548.

<sup>1135</sup> Cf. Cap. I A.

<sup>1136</sup> Uwe Diederichsen, *Zum Denken in Rechtsbegriffen*, 18 e 19. No contexto alemão, apresenta como princípio ético que o progenitor que assegura o cuidado possa ficar isento de despesas de participação na manutenção financeira, já que já está a assegurar a sua parte na repartição da contribuição para os alimentos a filhos por esta via.

<sup>1137</sup> Por exemplo, em virtude da assunção de trabalho apenas em *part-time* ou da recusa de promoções para preservar disponibilidade de tempo para o cuidado.

É certo que o facto de termos uma solução sempre dependente de uma situação de “necessidade” (ainda que determinada de forma mais generosa) por vezes não dá cobertura à situação do cuidador que, se não puder invocar este fundamento, fica onerado com uma parte desproporcional das responsabilidades conjuntas, sem por tal ser compensado. De todo o modo, pelo papel que pode desempenhar no regime dos alimentos, importa perceber melhor o alcance deste factor, tal como a lei o acolhe, para aquilatar da sua relevância.

No artigo 2016.º-A, n.º 1, a lei refere-se não ao “cuidado dos filhos” *tout court*, mas a “o tempo que terão de dedicar, eventualmente, à criação de filhos comuns” (itálico nosso). Todavia, apesar da formulação mais prolixa, não nos parece que o significado seja muito diferente. Na verdade, cremos que o que preocupa o legislador é o facto de as actividades de cuidado absorverem de tal modo o tempo do cuidador que este fica com pouca disponibilidade para procurar meios de subsistência no mercado. E é por esta via que associa o cuidado dos filhos à criação ou aprofundamento de uma situação de necessidade. Pensamos, no entanto, dever acrescentar que esta associação também pode surgir não só por se despender mais tempo neste cuidado, mas também por se renunciar a oportunidades profissionais em virtude dele (que impliquem, por exemplo, uma deslocação geográfica) ou a desenvolver problemas de saúde – e, portanto, a aprofundar a necessidade – graças a uma especial dedicação pedida (por exemplo, para acorrer a filho com necessidades especiais). Algumas destas situações, no enquadramento do casamento, poderiam convocar o crédito compensatório para responder aos prejuízos patrimoniais gerados nos casos de ruptura da relação matrimonial. No entanto, confrontamo-nos agora com um cenário pós-matrimonial a que aquela figura já não responde. Existe, todavia, ainda assim, uma repartição das responsabilidades relativamente aos filhos que pode emular, e até exceder, as assimetrias de divisão de encargos domésticos e parentais existentes no casamento. Pensamos que a via aberta pelo nosso ordenamento jurídico para responder, ainda que parcialmente, a iniquidades desta repartição reside na admissibilidade de uma *vertente compensatória* dos alimentos pós-conjugais. Esta resposta será sempre limitada, já que o entendimento compensatório será sempre mitigado pelos dados do sistema. Na verdade, lembramos que este nunca será um fundamento autónomo e que se terá sempre de configurar uma situação de necessidade para accionar os alimentos.

O preceito legal contempla aqui de forma expressa os *filhos comuns*<sup>1138</sup>. Significa isto negar a relevância do cuidado de filhos *unilaterais* como factor criador de necessidade?

Não nos parece. Na verdade, é a própria norma do artigo 2016.º-A que abre o seu elenco para “todas as circunstâncias que influam sobre as necessidades do cônjuge que recebe os alimentos e as possibilidades do que os presta”. Assim, a presença na vida do alimentando de um filho unilateral que, pela idade ou particular situação de saúde, por exemplo, necessita de especiais cuidados, não o libertando para atingir a auto-suficiência, não pode ser ignorada. No entanto, já não são contemplados no factor “*o tempo* que terão de dedicar, eventualmente, à criação de filhos comuns”. A expressão não o suporta do ponto de vista literal e a lógica subjacente à atribuição de relevância a este factor não se identifica. Na verdade, entendemos que se funda numa repartição das responsabilidades parentais que não existe entre progenitor e ex-padrasto<sup>1139,1140</sup>. Os alimentos que o progenitor-cuidador eventualmente recebesse do ex-cônjuge (que não é progenitor) teriam assim uma base puramente solidarástica e uma natureza meramente assistencial.

Pensamos, deste modo, dever atribuir-se algum significado ao facto do critério “cuidado de filhos comuns” ter sido autonomizado no quadro das circunstâncias que influenciam a necessidade do credor de alimentos. Na verdade, a *extensão da necessidade* do cônjuge-cuidador poderá não ser diferente ao assumir o cuidado de um filho que também é do ex-cônjuge ou do que é de um terceiro. Simplesmente, quando se trata de filhos comuns, o facto de assumir (mais ou menos) isoladamente responsabilidades que são de ambos pode justificar um tratamento de favor em termos de alimentos, precisamente porque há *elementos compensatórios* a ter em conta.

Há ainda que determinar as situações que se pretende contemplar expressamente. Quem são os filhos *comuns* cujo cuidado é aqui referido? Apenas os *menores* ou também os *maiores*?

---

<sup>1138</sup> Cf. Cap. III B.

<sup>1139</sup> Sobre o desaparecimento das relações de afinidade, inclusivamente das relações entre padrastos, madrastas e enteados, com o novo regime do divórcio, ver *infra*.

<sup>1140</sup> Não podemos deixar de sublinhar, todavia, o maior peso social das famílias recombinadas e o novo entendimento, também ao nível jurídico, de que são alvo as relações entre enteados e padrastos. Na verdade, entre 2001 e 2011, o número de casais recompostos mais do que duplicou o seu valor absoluto. Nos Censos de 2011 representavam já cerca de 6,6% do total de casais com filhos. Vanessa Cunha; Susana Atalaia, A evolução da conjugalidade em Portugal, 159.

Ainda no contexto do regime anterior a 2008, mas tomando em conta o mesmo factor, se defendia que também estariam em causa os filhos maiores, com o argumento de que a dependência dos filhos relativamente aos pais não termina com a maioridade, conforme o artigo 1880.º do Código Civil, e que o legislador não tinha estabelecido (como não veio a estabelecer, aliás) qualquer distinção neste sentido no âmbito da obrigação de alimentos como efeito do divórcio<sup>1141</sup>.

Não nos parece ser de adoptar, por regra, esta posição. Na verdade, a maioridade dos filhos deverá marcar o fim da “dependência” ao nível do “cuidado” dos titulares das responsabilidades parentais e, portanto, só até esta data o cuidado destes assumiria a relevância que lhe assinalámos no âmbito da obrigação de alimentos. Na verdade, não se pode confundir esta dependência com a dependência de natureza económica, à qual respondem os alimentos devidos aos filhos, inclusivamente filhos maiores. E é também para esta ideia que a letra da lei aponta ao referir-se à “*criação* de filhos comuns” (itálico nosso), que se refere ao cuidado numa primeira fase da vida. É certo que o progenitor que convive com os filhos poderá ficar, como tantas vezes fica, onerado com encargos económicos relativos à subsistência destes, mas as respostas aqui devem procurar-se noutra sede<sup>1142</sup>. Todavia, se estivermos perante situações em que o cuidado tem de se prolongar – por exemplo, filhos com doença crónica, deficiência ou incapacidade<sup>1143</sup> – ambos os progenitores serão responsáveis em igual medida por este cuidado<sup>1144</sup>, daí que aquele que não o providencia possa continuar a prestar alimentos ao outro, tendo

<sup>1141</sup> Neste sentido, Maria João Romão Carreiro Vaz Tomé, *O Direito à Pensão*, 327, que se apoiava na falta de distinção operada pela lei, bem como na extensão do regime de alimentos operada pelo artigo 1880.º.

<sup>1142</sup> Veja-se a solução que LOBO XAVIER entrevia em 2009 de recorrer à sub-rogação do progenitor convivente nos direitos do filho que hesita em demandar o outro progenitor no sentido de obter alimentos depois da maioridade. E atente-se ainda na sua proposta de clarificação legislativa no sentido de a pensão de alimentos fixada para o filho menor continuar a ser devida até que este acabasse a sua formação académica ou profissional, o que transferiria para o progenitor a iniciativa de a fazer cessar e o correspondente ónus da prova dos pressupostos de tal extinção. Rita Lobo Xavier, *Falta de autonomia de vida*, 19 e 20. Ora, recentemente, a Lei n.º 122/2015, de 1 de Setembro, veio dar concretização a estas propostas. Na verdade, a nova redacção do artigo 1905.º, n.º 2, CCiv, prevê que para efeitos do disposto no artigo 1880.º, a pensão fixada para o filho menor se mantenha para depois da maioridade, e até que o filho complete 25 anos de idade, a não ser que o respectivo processo de educação ou formação profissional esteja concluído antes daquela data, tenha sido livremente interrompido ou se o obrigado fizer prova da irrazoabilidade da sua exigência. Para além disso, nos termos do artigo 989.º, n.º 3 do CPCiv, o progenitor que assume a título principal o encargo de pagar as despesas dos filhos maiores que não podem sustentar -se a si mesmos pode agora exigir ao outro progenitor o pagamento de uma contribuição para o sustento e educação dos filhos.

<sup>1143</sup> Seja ou não fundamento de interdição ou inabilitação e ainda que o progenitor-cuidador tenha sido nomeado o tutor. Na verdade, diz o artigo 144.º, que, sendo o pai ou a mãe nomeados tutores, exercem as responsabilidades parentais, como se dispõe nos artigos 1878.º e seguintes. Todavia, tutela e responsabilidade pelo cuidado não se identificam.

<sup>1144</sup> Cf. artigo 1874.º do Código Civil, segundo o qual pais e filhos se devem mutuamente auxílio, sendo que este dever não se encontra limitado pelo facto de o filho ter atingido a maioridade e, portanto, já não ser objecto das responsabilidades parentais.

em consideração tal cuidado como criador da necessidade. Nestes casos, justifica-se a interpretação extensiva desta norma, de forma a fazer corresponder o significado mais limitado da letra da lei (“criação”) com a *ratio* da norma, que aponta para o cuidado de filhos dependentes, segundo cremos<sup>1145</sup>.

**e. Cuidado a prestar a outras pessoas**

A prestação de cuidado a outras pessoas que não os filhos não se encontra prevista no n.º 1 do artigo 2016.º-A. Sabemos, no entanto, que estamos perante uma norma cujo elenco se abre expressamente através da consideração de “todas as circunstâncias que influam sobre as necessidades do cônjuge que recebe os alimentos”. Outras circunstâncias poderão, portanto, ser consideradas<sup>1146</sup>. Destacamos aqui o cuidado prestado pelo alimentando a terceiros, principalmente afins, pelo papel que representa na génese de situações de necessidade. Na verdade, sublinhámos já como a independência económica do cônjuge do cuidador pode ficar comprometida pela assunção deste papel. Importa, por isso, perceber se o facto de se tomar a cargo a dependência de um terceiro releva em sede de determinação da necessidade enquanto pressuposto do direito a alimentos pós-divórcio.

Tratámos já da relevância do cuidado de terceiros que não sejam filhos comuns do casal divorciado quando abordámos a posição dos filhos unilaterais. Parece-nos que a conclusão a que chegámos quanto a estes se estende às situações em que o cônjuge alimentando é o cuidador de outras pessoas relativamente às quais tem uma responsabilidade legalmente imposta de cuidado e auxílio, responsabilidade esta que é estranha ao cônjuge devedor de alimentos. Pensemos no caso em que o alimentando tem a seu cargo pais necessitados de cuidado e que, portanto, não tem disponibilidade para se dedicar de forma tão activa a prover à sua subsistência. O seu ex-cônjuge poderá eventualmente ser obrigado a prestar alimentos porque o outro se encontra numa situação de necessidade e fá-lo com um fundamento puramente solidarístico – e a decisão global deve reflecti-lo, por

---

<sup>1145</sup> A CEFL ao explicar o factor “cuidado dos filhos”, que incluir no seu princípio 2:4 dos *Principles of European Family Law Regarding Divorce and Maintenance Between Former Spouses*, entende não fazer distinção entre filhos menores e maiores, mas sim centrar-se no facto de o cuidado prestado ter afectado negativamente as perspectivas de auto-suficiência do cuidador. Katharina Boele-Woelki et al., *Principles of European Family Law*, 93. Cremos que com estas nossas últimas considerações vamos, precisamente, ao encontro desta ideia, afinando-a, todavia, em função da ideia de dependência.

<sup>1146</sup> Afloraremos também a relevância que pode ser concedida à *condição social* do alimentado.

exemplo, ao nível do montante (e de duração, eventualmente), que devem ser reduzidos. Estes alimentos, todavia, não têm em conta o sustento daquele agregado e não implicam as necessidades desses terceiros a cargo, relativamente aos quais não tem obrigações alimentares<sup>1147</sup>.

Há, no entanto, uma categoria destes terceiros que merece uma análise mais detida. Na verdade, o papel de cuidadores (cuidadoras) é desempenhado de forma proeminente pelos afins durante o casamento<sup>1148</sup>. É certo que pode ser dada resposta através do crédito compensatório às situações de desvantagem que o desempenho destas tarefas durante o casamento criou<sup>1149</sup>. Perguntamo-nos, todavia, se é possível um enquadramento ao nível do direito a alimentos se este cuidado – que pode já ter uma duração considerável – se prolonga para além da dissolução do casamento.

Ora, a posição destes sujeitos sofreu uma importante alteração com a Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro. Passou a consagrar-se que a relação de afinidade só não cessa pela dissolução do casamento por morte (artigo 1585.º do Código Civil). Assim, *a contrario*, chega ao fim com a dissolução da relação matrimonial por divórcio. A nova solução, justificada pela perda de relevância social e falta de suporte jurídico para a permanência destes vínculos na sequência do divórcio, foi alvo de aplausos<sup>1150</sup> e de críticas<sup>1151</sup> por parte da doutrina nacional e cria dificuldades acrescidas de enquadramento do cuidado de (agora ex-) afins após o divórcio.

Na verdade, a coabitação do cuidador com estes após o divórcio pode perdurar<sup>1152</sup>, bem como o cuidado prestado, mas então já não haverá uma relação familiar subjacente. E, assim, não existe qualquer base legal para sustentar uma obrigação familiar por parte do cuidador. Esta obrigação existe sim para o seu ex-cônjuge – o parente na linha recta descendente, o filho, geralmente – da pessoa a

---

<sup>1147</sup> Cf Cap. III.

<sup>1148</sup> Cf. Cap. I.

<sup>1149</sup> Cf. Cap. I.

<sup>1150</sup> Cf. F. M. Pereira Coelho, Guilherme de Oliveira; *Curso*, 47, Guilherme de Oliveira, *A Nova Lei do Divórcio*, 16, e Cristina M. Araújo Dias, *Uma Análise do Novo Regime*, 22.

<sup>1151</sup> Rita Lobo Xavier, *Recentes Alterações*, 10, 11 e 13.

<sup>1152</sup> Admitindo esta possibilidade e chamando a atenção para normas em que esta coabitação continuaria a ter relevância, cf. Rita Lobo Xavier, *Recentes Alterações*, 12, nota 5. Já Braga da Cruz

Apesar de, em certos casos, a subsistência de laços efectivos para além da dissolução do casamento poder justificar a persistência dos efeitos jurídicos ligados à afinidade”.

cargo. Perguntamo-nos se, em virtude das decisões tomadas em concretização do princípio de co-direcção durante o casamento, se justifica onerar o ex-cônjuge com a obrigação de alimentar o outro que assumiu e, em virtude desse passado, continua a assumir o encargo de cuidar dos parentes daquele. Na verdade, se a necessidade do cuidador é criada por esta actividade e se não existe qualquer obrigação jurídica de o continuar a fazer, poder-se-ia defender que deveria cessar a actividade que o lança numa situação de carência. Tal exigência terá, todavia, repercussões graves não só na particular situação do cônjuge cuidador, mas também dos outros membros da família, que importaria acautelar por esta via.

Poder-se-ia pensar se não existiria outro meio, de carácter remuneratório, que pudesse fazer face a tal carência. Ora, neste caso, os primeiros obrigados seriam sempre os beneficiários do serviço. Para além disso, esta solução introduz uma nota de mercantilização em relações (outrora) familiares que será de evitar. Por fim, na falta de meios destes, terão de ser eles a accionar o seu descendente para lhes prestar alimentos, o que se tem revelado uma situação de muito difícil concretização na prática, em virtude de condicionalismos culturais e familiares<sup>1153</sup>.

**f. Outros factores. Qualificações profissionais e possibilidades de emprego. Rendimentos e proventos.**

Encontramos, por fim, no 2016.º-A, n.º 1, factores que só muito dificilmente poderemos encaixar nesta classificação que tem como critério a *fonte da necessidade*. Na verdade, enquanto nos casos de que tratámos até agora podemos ver uma relação do ponto de vista *activo*, com o surgimento ou o aprofundamento da necessidade, nos restantes casos, estamos perante critérios que dizem antes respeito à disponibilidade de meios ao alcance para satisfação destas necessidades. Pensemos logo nos “rendimentos e proventos” de que o necessitado disponha. Ainda, assim, estes factores são, noutros contextos, invocados como fundamentos dos alimentos. Veja-se o § 1573 do BGB, que prevê a possibilidade de conceder alimentos até que o ex-cônjuge consiga uma actividade profissional remunerada adequada e que, no caso de esta não ser suficiente, os alimentos cubram a diferença

---

<sup>1153</sup> Neste sentido, referindo-se à escassez das pretensões de alimentos dirigidas aos descendentes, v. J. P. Remédio Marques, *Em torno do estatuto da pessoa idosa*, 23.

entre o seu rendimento e a totalidade do valor necessário para o seu sustento (*Aufstockungsunterhalt*, § 1573 (2) do BGB).

Também as “qualificações profissionais e possibilidades de emprego”, numa primeira análise, parecem só relevar do ponto de vista *negativo*, determinado pela sua ausência ou escassez, na medida em que não facultem meios para responder às necessidades. No entanto, podemos vê-las também (pelo menos no primeiro caso) como categorias de necessidades a satisfazer.

Novamente convocamos o exemplo alemão, mais precisamente o § 1575 do BGB, que prevê alimentos para educação, continuação da educação ou requalificação do cônjuge divorciado. Estes podem ser entendidos de duas formas. O parágrafo 1 refere--se aos casos em que, na previsão do casamento ou durante o casamento, o cônjuge não obteve ou interrompeu a obtenção de uma educação formal ou qualificação profissional. No parágrafo 2, prevêem-se os alimentos relativos à educação e formação para fazer face a desvantagens resultantes do casamento<sup>1154,1155</sup>. Também entre nós, sendo um dos propósitos do novo regime dos alimentos valorizar a auto-suficiência dos cônjuges, coerentemente, este terá de criar formas de a potenciar. E assim, confrontado com as qualificações profissionais baixas ou desadequadas face ao mercado e possibilidades de emprego deficientes do alimentando, há que gerar condições para as superar, em conformidade com a lógica subjacente aos alimentos reabilitativos<sup>1156</sup>. Ora, uma das formas mais eficazes de o fazer será conceder alimentos que cubram necessidades de educação e formação profissional. No seio destes, na nossa opinião, há que proceder a uma distinção que se inspira de forma livre na lei alemã. Consoante os défices de qualificações estão relacionados com o abandono da educação formal ou da qualificação profissional decidida na previsão ou durante o casamento, para fazer face às desvantagens relacionadas com o casamento, ou são independentes da relação matrimonial. Na verdade, no primeiro caso, poderão intervir considerações de natureza compensatória, que não existirão no segundo, de matriz puramente solidarística.

**g. Outros factores. Novo casamento ou união de facto.**

---

<sup>1154</sup> Este direito mantém-se apenas durante o período necessário para completar a educação (§1575, para. 1 BGB).

<sup>1155</sup> Uwe Diederichsen, *Zum Denken in Rechtsbegriffen*, 24 e 25.

<sup>1156</sup> Cf. Cap. I.



Por fim, o novo casamento e a união de facto, também referidos no artigo 2016.º-A, n.º 1 – e introduzidos de forma inovadora no elenco – não podem ser percebidos como factores do lado da necessidade do alimentando. Na verdade, o “novo casamento” do credor de alimentos, como já resultava da redacção do artigo 2019.º em vigor ao tempo ao tempo da publicação da Lei n.º 61/2008, implica a cessação do direito a alimentos. Quanto à união de facto do alimentando, não existia referência expressa. Todavia, as alterações introduzidas pela Lei n.º 23/2010, de 30 de Agosto, consagraram a união de facto do alimentando como causa de cessação do direito a alimentos. Estamos, portanto, perante dois factores que se traduzem também em “causas de não receber”<sup>1157</sup>. Face a esta coordenação do n.º 1 do artigo 2016.º-A com o artigo 2019.º, teremos de concluir que estas circunstâncias não serão relevantes para aquilatar da situação de necessidade do alimentando e que apenas relevam como critério para determinar a posição económica do devedor.

### 1.2.3. Determinação do nível de necessidade relevante. Posição adoptada.

Ao definir o que é necessidade *relevante*, haveria diversas hipóteses configuráveis em abstracto. Poderia considerar-se haver necessidade apenas quando o alimentando não é capaz de se sustentar ao nível da mera subsistência ou elevado pelas exigências de uma existência condigna; poderia subir-se esta fasquia para um nível médio; ou ainda considerar-se que há necessidade quando não é possível viver ao nível em que estava habituado durante o casamento<sup>1158</sup>. É possível encontrar em diferentes contextos estas várias posições – daí falar-se da “natureza elástica” da necessidade no âmbito do direito alimentar<sup>1159</sup>.

Em nossa opinião, não devemos adoptar um nível fixo de necessidade *relevante*<sup>1160</sup>, nem um padrão de vida definido que a obrigação de alimentos se destine a assegurar. Entendemos que o nível de necessidade *apto* a convocar o

<sup>1157</sup> Cf. Maria de Nazareth Lobato de Guimarães, *Alimentos*, 185 e 186.

<sup>1158</sup> Ira M. Ellman, *The Theory of Alimony*, 4 e 5.

<sup>1159</sup> *Idem*.

<sup>1160</sup> A lei suíça refere-se, no art. 125 do ZGB, a “*gebührenden Unterhalt*” ou “*entretien convenable*”, ou seja, à noção de um nível “apropriado” a que os alimentos devem responder. Ora, pode entender-se que ao densificar este conceito por referência à organização de vida dos cônjuges durante a vida em comum se está a convocar uma justificação indemnizatória, relativamente ao investimento que o alimentando fez na vida do lar. Nathalie Dandoy et al., *Les justifications de la prestation compensatoire*, gentilmente cedido pelos autores, s/p.

instituto da obrigação de alimentos é *flutuante*, e determina-se através da consideração dos factores que analisámos. Ora, para definir se o facto de o requerente não se conseguir sustentar a um determinado nível o coloca em *situação de necessidade* que *convoque* o funcionamento da obrigação alimentícia, há que determinar *como* é conformada essa necessidade, nos termos que vimos, de acordo com os factores densificadores. Na verdade, estes, para além de definirem um *quantum* da necessidade, apontam para uma *finalidade* da obrigação alimentícia, que iluminará a determinação do nível de necessidade *relevante* em cada caso. Assim, podemos avançar que, se estivermos perante uma obrigação de alimentos de *feição puramente solidarística*, teremos de ser mais exigentes no nível de necessidade exigido. Mas se se tratar de, em função dos factores de diferenciação que a convocam, satisfazer *também fins de natureza compensatória*, o grau de carência que justifica os alimentos não terá de ser tão elevado.

Deste modo, a questão da determinação do *nível* de necessidade *relevante* põe-se logo no momento da determinação dos *pressupostos*. Não é uma discussão que diga apenas respeito ao *montante* dos alimentos devidos. Se assim não fosse, correríamos o risco de assistir a *desigualdades de transição*, em que negaríamos o acesso a alimentos a pessoas que teriam direito a aceder ao mesmo nível de vida pelo concurso dos alimentos pós-conjugais por, à partida, uma se encontrar numa situação de verdadeira carência, enquanto a outra, não sendo capaz de se sustentar ao nível que lhe asseguraria o pagamento dos alimentos pós-divórcio, não estaria numa situação económica tão depauperada capaz de os convocar<sup>1161</sup>.

Esta concepção de necessidade rejeita, desde logo, que se tome por referência uma medida genérica de satisfação económica (seja mais ou menos alta). De facto, a conformação desta em termos subjectivos tem, pelo menos, de ser *adaptado à condição* de cada um. Não existe entre nós uma disposição como o artigo n.º 438 do Código Civil italiano, que determina que se tenha em conta a “posição

<sup>1161</sup> Pensemos nas situações dos requerentes de alimentos A e B. Tanto A como B têm filhos a cargo que lhes exigem cuidado permanente e exibem um *background* idêntico ao nível pessoal e social. Os ex-cônjuges de A e B beneficiam de uma situação económica equiparável. A não afige quaisquer rendimentos do trabalho, não sendo, portanto, capaz de garantir a sua subsistência. No entanto, porque assume a maior parte do cuidado dos filhos comuns, terá direito a receber do seu ex-cônjuge uma pensão de alimentos não só ao nível mínimo marcado pela sua condição pessoal e social, mas elevado pelo facto de assumir em maior medida responsabilidades conjuntas. B, por seu turno, encontra-se na mesma situação de facto, com uma excepção relevante. Exerce uma actividade profissional que lhe permite auferir um rendimento suficiente para prover ao seu sustento ao nível mínimo marcado pela sua condição pessoal e social. Se o nível relevante para aceder a uma obrigação de alimentos se colocasse de forma fixa neste ponto, A teria direito a receber uma pensão de alimentos do seu ex-cônjuge e aceder a um teor de vida mais alto, enquanto B, porque não se encontrava em situação de verdadeira carência, teria de se resignar ao nível mais baixo a que acedia pelos seus próprios meios, apesar do esforço de assunção das responsabilidades parentais conjuntas ser idêntico ao de A e a impedir de viver segundo o padrão que é facultado pela via dos alimentos ao/à primeiro/a.

social” do alimentando, mas é certo que entre nós a Doutrina não descurou este factor<sup>1162</sup>. Assim, GUILHERME DE OLIVEIRA avançou que a medida *decente* que os alimentos devem revestir não deve significar “uma descida radical do estatuto económico” do cônjuge<sup>1163</sup>. E RITA LOBO XAVIER considera que, quer no reconhecimento quer na determinação do montante dos alimentos, devem ser tidos em conta como elementos de ponderação da necessidade quer o estatuto social do casal quer o seu padrão de vida anterior<sup>1164</sup>. Por fim, não esqueçamos que a grande fonte inspiradora da Reforma de 2008, os *Principles of European Family Law Regarding Divorce and Maintenance Between Former Spouses*, inclui nos factores que determinam a pensão alimentar o nível de vida do casamento (Princípio 2:4). E explica que, não obstante não se pretender impor um método de cálculo dos alimentos, tem de se ter em conta que há diferentes condições sociais experimentadas pelos cônjuges divorciados<sup>1165</sup>.

Pensamos, todavia, que, apesar da flexibilidade que defendemos no entendimento do conceito de necessidade, é *ainda e sempre* de “necessidade” que tratamos. Assim, embora admitamos que o nível de necessidade relevante para convocar a obrigação de alimentos possa situar-se em diferentes fasquias, não parece ser admissível que se atinjam níveis que se destinem já a garantir verdadeiros consumos de luxo. Ou seja, não parece possível que se atinja entre nós o limite dado pelo “ponto de saturação” (*Sättigungsgrenze*)<sup>1166</sup>. Esta é uma questão que se discute quando os ordenamentos elegem como objectivo garantir o nível de vida do casamento. Entre nós, como veremos, a “necessidade” não se pauta por este nível e, apesar da concepção que defendemos ser flexível, “necessidade” não incluirá “luxo”<sup>1167</sup>.

---

<sup>1162</sup> Na jurisprudência posterior a 2008, encontramos o Tribunal da Relação de Lisboa a sublinhar a necessidade de considerar “o padrão de vida do necessitado, à ambiência familiar, social, cultural e económica a que está habituado. Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 12-09-2013 (Ilídio Sacarrão Martins) (2402/08.STMLSB-C.L1-8).

<sup>1163</sup> Guilherme de Oliveira, *A Nova Lei do Divórcio*, 30.

<sup>1164</sup> Neste sentido, Rita Lobo Xavier, *Recentes Alterações*, 42.

<sup>1165</sup> Katharina Boele-Woelki et al., *Principles of European Family Law*, 94.

<sup>1166</sup> Na verdade, os tribunais alemães, em casos excepcionais já admitiram despesas com golf, ténis e seguranças. Sobre a *Sättigungsgrenze*, v. Gernhuber, Coesteer-Waltjen, *Familienrecht*, 336 e nota 350.

<sup>1167</sup> No direito belga, recorre-se ao critério da “degradação da situação económica” do requerente. A *Cassation* belga considera que se preenche este critério quer essa degradação resulte das escolhas operadas em função da vida em comum, quer do próprio divórcio, tendo por referência o nível de vida do casamento. Nathalie Dandoy, *Le lien alimentaire*, 78.

Ainda assim, há diferentes fasquias que poderíamos considerar. Analisemos, então, estas hipóteses e a consideração que recebem (ou receberam) no nosso ordenamento jurídico.

#### 1.2.4. Medida da necessidade relevante

A opção de garantir um *determinado* nível de vida ao alimentando apresenta claras ligações com a concepção de divórcio adoptada e com o entendimento da relação matrimonial que daí advém. Na verdade, face a um sistema de *divórcio-sanção*, em que, por regra, o cônjuge obrigado a alimentos é aquele que foi responsabilizado pelo fracasso do casamento, torna-se mais fácil sustentar a manutenção do nível de vida do casamento<sup>1168</sup>. De facto, encontramos um forte fundamento para justificar que o cônjuge inocente ou menos culpado veja atenuadas as consequências económicas que sofreria com o divórcio, e para que se defenda a ideia de um prolongamento do dever conjugal de assistência, pautado pelo padrão de vida acordado durante o casamento<sup>1169</sup>, em função das contribuições de ambos<sup>1170</sup>. E mesmo no contexto do *divórcio-remédio*, desde que ainda se proceda a esta categorização das posições dos cônjuges, encontra fundamento a ideia de que se deve garantir ao inocente ou menos culpado (ou àquele a quem a lei atribui o direito a alimentos<sup>1171</sup>) o nível de vida a que se habituou<sup>1172</sup>. Todavia, quando o modelo eleito é o do *divórcio pura constatação da ruptura do casamento*, as vestes em que nos surgem os sujeitos da relação alimentícia, dificultam a justificação do especial esforço do obrigado para que o alimentando continue a beneficiar do mesmo padrão.<sup>1173</sup>

---

<sup>1168</sup> Embora, como tenhamos visto, nem neste contexto esta posição fosse unânime.

<sup>1169</sup> Cf. a síntese desta posição em F. M. Pereira Coelho, Guilherme de Oliveira; *Curso*, 696. Neste sentido, v. Abel Delgado, O divórcio, 170, e, entre outros, Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 16.02.1993 (Martins da Costa) (proc. 083123) ([www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)).

<sup>1170</sup> Rita Lobo Xavier, *Recentes Alterações*, 41.

<sup>1171</sup> Cf. artigo 2016.º, n.º1, b) da redacção dada pelo Decreto-Lei n.º 496/77, de 25 de Novembro.

<sup>1172</sup> Para Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira, o regime anterior a 2008 já não aceitava o divórcio-sanção e configurava-se antes como um sistema de compromisso, em que se podia tanto recorrer a causas objectivas, como aceitar que o cônjuge inocente pedisse o divórcio com fundamento em comportamento culposo do outro, não para o castigar, mas para encontrar um remédio para um estado de vida conjugal intolerável. F. M. Pereira Coelho, Guilherme de Oliveira; *Curso*, 616 e 617.

<sup>1173</sup> Maria João Romão Carreiro Vaz Tomé, *Considerações sobre alguns efeitos patrimoniais*, 170.

#### 1.2.4.1. O padrão de vida do casamento

Confrontados com o desenho multiforme do sistema de divórcio anterior a 2008, doutrina e a jurisprudência nacionais debatiam-se em torno da relevância a atribuir ao nível de vida do casamento no âmbito da obrigação alimentar pós-conjugal. Na verdade, podíamos encontrar quem se perfilava a favor do padrão de vida do casamento como nível que a obrigação de alimentos entre ex-cônjuges deveria aspirar a manter. Esta posição foi acolhida no contexto do Código de 1966, nos trabalhos de VAZ SERRA<sup>1174</sup>, e por MOITINHO DE ALMEIDA<sup>1175</sup>, que remete para a “condição social durante o casamento”. Também MARIA JOÃO VAZ TOMÉ, invocando uma ideia de protecção da confiança do cônjuge no *status* adquirido durante o casamento e apoiando-se na conclusão de que seria iníquo que um “evento patológico como o divórcio” fosse causa de uma “descida abrupta na escala social” se pronunciava, face ao regime anterior a 2008, no sentido de considerar o nível de vida do casamento como um *indício importante* a considerar, sem, todavia, defender que o cônjuge necessitado tivesse “impreterivelmente o direito de o manter”<sup>1176</sup>. E, mesmo na jurisprudência mais recente, esta visão encontrou acolhimento até à Reforma de 2008, na medida em que se sustentava a manutenção de um padrão de vida razoavelmente aproximado ao do casamento<sup>1177</sup>.

No contexto internacional, o padrão de vida do casamento ainda assume hoje uma posição central. No quadro italiano, continua a ser dominante a ideia de que existe a “falta de meios adequados” exigida pela lei quando o requerente de alimentos não dispuser de recursos que lhe permitam gozar do mesmo nível de vida vigente durante a convivência matrimonial<sup>1178</sup>. Na norma germânica, a medida dos alimentos determina-se de acordo com as circunstâncias do casamento (*ehelichen Lebensverhältnissen*) (§ 1578 (1) do BGB). Nos Países Baixos, em regra<sup>1179</sup>, o objectivo dos alimentos pós-divórcio é assegurar um nível de vida comparável ao

<sup>1174</sup> Adriano P. S. Vaz Serra, *Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça*, 262 e ss.

<sup>1175</sup> L. P. Moitinho de Almeida, *Dos alimentos*, 273, e L. P. Moitinho de Almeida, *Dos Alimentos no Código Civil*, 98.

<sup>1176</sup> Maria João Romão Carreiro Vaz Tomé, *O Direito à Pensão*, 320 e 327.

<sup>1177</sup> Cf. as decisões dos nossos tribunais superiores que, ainda que não adoptem esta medida, consideram-na na determinação, Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 27.01.2005 (Ferreira Girão) (proc. 04B4035), Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 3 de Outubro de 2005 (António Valente) proc.6552/2005-8 e Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 15 Dezembro de 2005, (Pinto de Almeida) (proc. 0534542) ([www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)).

<sup>1178</sup> Tommaso Auletta, *Diritto di Famiglia*, 249, Giovanni Bonilini, *Manuale di Diritto di Famiglia*, 226, C. Massimo Bianca, *Diritto Civile*, 243, e Antonino Totaro, *Gli Effetti del Divorzio*, 1639.

<sup>1179</sup> Katharina Boele-Woelki et al., *European Family Law in Action*, vol. II, 179.

vivido durante a vida em comum, pelo que a necessidade se aferirá, à partida, em função do padrão do casamento. E, mesmo nas figuras não totalmente assimiláveis aos alimentos que constituem os *financial remedies* do MCA de 1973, o padrão de vida da família anterior à ruptura do casamento é um dos elementos tomados em consideração pelo tribunal (S. 25 (2) (c))<sup>1180</sup>.

A defesa do padrão do nível de vida do casamento não era, todavia, unânime. No quadro anterior à Lei n.º 61/2008, veja-se já a defesa de GALVÃO TELLES da ideia de que não faria sentido adoptar como padrão “o modo como os interessados viviam quando formavam uma comunidade” quando já não existe qualquer vínculo entre eles<sup>1181</sup> ou a declaração de LOBATO DE GUIMARÃES, no sentido de recusar um direito a ser mantido<sup>1182</sup>. Por sua vez, o afastamento do nível de vida do casal por CERDEIRA prende-se com a recusa por parte da Autora de que o dever de alimentos tenha um carácter compensatório<sup>1183</sup>. E REMÉDIO MARQUES, ainda no enquadramento legal anterior a 2008, considerava que a “*insuficiência de meios do ex-cônjuge*” não pode ser deduzida da impossibilidade de se manter em nível análogo ao do casamento e, assim, nem a concessão dos alimentos, nem a sua medida, estariam dependentes da “posição económica e social do ex-cônjuge”<sup>1184</sup>. O Autor defendia, já então, que garantir que o ex-cônjuge fosse colocado invariavelmente na posição que gozaria em caso de o casamento não ter sido dissolvido se traduziria na consagração do casamento como uma “forma de aquisição de direitos para o futuro”<sup>1185</sup>. Também na lição de PEREIRA COELHO e GUILHERME DE OLIVEIRA este padrão era contestado<sup>1186,1187</sup>.

Com a Lei n.º 61/2008, porém, emergiu um dado novo no sistema, que terá apaziguado (algumas) dúvidas quanto à relevância a conceder ao nível de vida do casal. Do novo artigo 2016.º-A, n.º 3, resulta que o cônjuge alimentando “não tem o direito de exigir a manutenção do padrão de vida de que beneficiou na constância do

<sup>1180</sup> No entanto, há que ter aqui em conta a distinção entre os chamados “*big money*” cases e os “*ordinary*” cases. Nestes, não se espera que se mantenha aquele nível, enquanto que nos primeiros esta expectativa existe, sem que haja, todavia, uma garantia nesse sentido. Cf. John Eekelaar, *Family Law and Social Policy*, 109 e Rebecca Probert, *Cretney and Probert’s Family Law*, 206.

<sup>1181</sup> Inocêncio Galvão Telles, *Parecer. Alimentos*, 20 e 21.

<sup>1182</sup> Maria de Nazareth Lobato de Guimarães, *Alimentos*, 192.

<sup>1183</sup> Claro que Ângela C. S. Cerdeira, *Da Responsabilidade Civil*, 162 e 163, faz estas considerações quando se refere à fixação do montante, porque é só neste âmbito que equaciona a consideração de factores exteriores.

<sup>1184</sup> J. P. Remédio Marques, *Algumas Notas*, 167, nota 214.

<sup>1185</sup> *Ibidem*, 168, nota 214.

<sup>1186</sup> F. M. Pereira Coelho, Guilherme de Oliveira, *Curso*, 697.

<sup>1187</sup> No mesmo sentido, ver Pires de Lima; Antunes Varela, *Código Civil Anotado*, vol. V, 612.

matrimónio”, logo, este padrão *não é relevante* para determinar a situação de necessidade<sup>1188</sup>. OLIVEIRA explicou este abandono da “medida maximalista” do nível de vida do casamento no contexto de superação da classificação dos cônjuges divorciados em função das culpas declaradas. Na verdade, considera que seria compreensível o entendimento favorável a esta medida quando o credor de alimentos é o cônjuge inocente ou o menos culpado e em que o devedor, culpado ou culpado em maior medida, “sofria o castigo de suportar uma obrigação mais pesada”<sup>1189</sup>, mas já não quando estas considerações são abandonadas. Foi esta a opção realizada pela lei actual, que molda, essencialmente, um sistema de divórcio-constatação da ruptura do casamento, e, simultaneamente, almeja o *clean-break* e recusa que o casamento se transforme num seguro para a vida à custa do ex-cônjuge<sup>1190</sup>.

Todavia, a consagração da regra de que o “cônjuge credor não tem o direito de exigir a manutenção do padrão de vida de que beneficiou na constância do matrimónio” (artigo 2016.º-A, n.º 3) é passível de enfrentar críticas que se prendem com a situação fragilizada a que o abandono deste padrão pode votar o alimentando que se dedicou a um casamento longo, de idade mais avançada ou que tenha filhos a cargo. VAZ TOMÉ, sublinhando o risco económico acrescido a que está sujeito o cônjuge que foi exclusivamente dona de casa e/ou mãe, defende uma solução de equidade para justificar a manutenção deste padrão de vida e responder ao facto de a lei, segundo a sua visão, ter passado a ignorar com esta norma a duração do casamento, a idade do alimentando e a discrepância de rendimentos entre os cônjuges<sup>1191</sup>. Também a APMJ reputa esta solução de injustificada, por considerar que a mulher que contribuiu para o nível de vida do ex-marido e os filhos deve beneficiar deste padrão, manifestando preocupação com o facto de esta exigência poder significar lançar a mulher para uma situação de pobreza ou no limite da sobrevivência, ainda que o obrigado tenha possibilidades de manter o padrão de vida do casamento<sup>1192</sup>.

---

<sup>1188</sup> Também neste sentido, Maria João Romão Carreiro Vaz Tomé, *Considerações sobre alguns efeitos patrimoniais*, 166 e 167.

<sup>1189</sup> Guilherme de Oliveira, *A Nova Lei do Divórcio*, 30.

<sup>1190</sup> *Idem*. Ver também no mesmo sentido, Tommaso Auletta, *Diritto di Famiglia*, 249.

<sup>1191</sup> Maria João Romão Carreiro Vaz Tomé, *Considerações sobre alguns efeitos patrimoniais*, 172.

<sup>1192</sup> APMJ, Parecer, 10 e 11.

Não nos parece, todavia, que o legislador de 2008 tenha pretendido proceder à limitação cega para que apontam estas críticas. Na verdade, ao dispor que o “cônjuge credor não tem o direito de exigir a manutenção do padrão de vida de que beneficiou na constância do matrimónio”, quis afastar-se como propósito dos alimentos pós-divórcio a *garantia* do nível de vida conjugal, ou seja, não se pretende que o vínculo conjugal justifique, por si só, a instituição de um seguro de bem-estar à custa do outro cônjuge. Da letra do preceito decorre nem mais nem menos do que o *afastamento de um padrão* da medida do auxílio, ou seja, da resposta à necessidade que a obrigação alimentar pretende dar.

Assim, ao contrário de outros ordenamentos jurídicos no seio dos quais a garantia do nível de vida do casamento é o objectivo eleito, a lei portuguesa, face aos dados do sistema, nomeadamente a concepção de divórcio adoptada, afasta este propósito. Assim, os alimentos não são determinados tendo por referência a situação do casamento, mas tendo em conta a situação de *necessidade*, avaliada segundo os critérios para os quais a lei se abre no artigo 2016.º-A, n.º 1.

O novo preceito do n.º 3 do artigo 2016.º-A, na verdade, ao afastar peremptoriamente o nível de vida do casamento, não impõe nem a limitação da situação de necessidade *relevante* apenas aos casos em que o requerente não consegue satisfazer as suas “necessidades primárias”<sup>1193</sup>, nem afasta a consideração da posição social do cônjuge como elemento atendível<sup>1194</sup>, nem obsta à possibilidade de o montante dos alimentos eventualmente ascender quantitativamente ao nível de vida do casamento. Impede, sim, que este seja considerado nesta quantificação.

Na verdade, tudo depende daquilo que for determinado em função da necessidade subjectivamente configurada do requerente e, depois, no que toca à concreta determinação da medida da prestação alimentar, do que as possibilidades do obrigado permitirem. Interpretação próxima foi sustentada pela *Cassation* belga, que, face ao seu regime dos alimentos, que não tem em consideração o nível de vida do casamento para determinar o montante da pensão, considera que a análise dos

---

<sup>1193</sup> Maria João Romão Carreiro Vaz Tomé, *Considerações sobre alguns efeitos patrimoniais*, 172.

<sup>1194</sup> Já tivemos oportunidade de o dizer, mas não se pode confundir a posição que sustenta que não há direito a manter o nível de vida gozado durante o casamento e que foi hoje consagrada na lei, com a impossibilidade de considerar a condição social neste âmbito. LOBO XAVIER envereda por um caminho análogo, mas vai mais longe, quer-nos parecer. A Autora considera ser de incluir como elemento de ponderação das “necessidades” do alimentando o *estatuto social do casal* e o seu *padrão de vida anterior*. Rita Lobo Xavier, *Recentes Alterações*, 42.



critérios enunciados pela lei pode justificar que aquela medida acabe por resultar na manutenção das mesmas condições de vida<sup>1195</sup>.

Se não, pense-se, por exemplo, num casamento cujo nível de vida foi estabelecido já perto do limite de uma existência condigna. Se o obrigado, porque agora dispõe de maiores recursos, puder contribuir com uma pensão alimentícia que responde à carência do alimentando, justifica-se que o faça, ainda que, de facto, o montante estabelecido venha a coincidir com o do casamento. Ou, então, atente-se na situação em que o ex-cônjuge cuidador dos filhos não se consegue sustentar, senão àquele nível mínimo, em função, precisamente, do cuidado que tem de prestar. Não se vê razão para que, tendo possibilidades para tal, o devedor de alimentos não os preste a um nível mais alto (médio, porventura), que pode estar a par do padrão gozado durante o casamento<sup>1196</sup> – desde que esse montante seja determinado pelo concurso dos vários factores enunciados na lei e não pelo nível vivido durante a relação ao qual, afinal, acaba por ascender<sup>1197</sup>.

Note-se que nenhuma destas situações brigaria com duas preocupações que ensombrevam um regime garantístico do nível de vida do casamento e que se referem ao lado do credor e ao lado do obrigado. Por um lado, em nenhum destes exemplos se sustenta que o casamento constitua um “seguro de bem-estar” para o alimentado, que está sempre sujeito a uma obrigação de meios no sentido de atingir a auto-suficiência e que só aufere alimentos em função da sua necessidade *subjectivamente* determinada e não de um padrão superior a que acedeu por via do matrimónio. Por outro lado, da parte do devedor de alimentos, não se exige um esforço acrescido para carrear recursos para a satisfação da sua obrigação justificado pela anterior existência da relação matrimonial. Na verdade, em nenhum dos exemplos mencionados se põe o problema, muitas vezes avançado, de não se conseguir sustentar duas casas ao nível do casamento<sup>1198</sup>, porque este padrão não é convocado.

---

<sup>1195</sup> Ver Nathalie Dandoy, *Calcul des pensions alimentaires entre époux*, 767 e ss.

<sup>1196</sup> Em sentido contrário, Maria João Romão Carreiro Vaz Tomé, *Algumas reflexões sobre a obrigação de compensação*, 457, para quem “em caso algum terá direito à manutenção do “trem de vida” adotado na vigência do casamento”.

<sup>1197</sup> No âmbito do regime anterior, Remédio Marques defendia que não seria controverso sustentar a manutenção do *mesmo* padrão de vida, “pelo menos nas eventualidades em que a pensão de alimentos sirva para compensar um dos ex-cônjuges pela perda eventual das oportunidades existenciais derivadas da tomada de decisões no interesse comum e dos filhos”. J. P. Remédio Marques, *Algumas Notas sobre Alimentos*, 168, nota 214.

<sup>1198</sup> F. M. Pereira Coelho, Guilherme de Oliveira; *Curso*, 697.

#### 1.2.4.2. Padrões do nível de vida do casamento *plus*. Modelos do *income sharing*.

O padrão de vida experimentado durante o casamento não é, todavia, a medida mais elevada que tem sido sustentada. Na verdade, também já se avançou a justificação de montantes definidos em função de padrões superiores, tanto com base na ideia da sociedade conjugal (*marital partnership*), como da própria relação dos ex-cônjuges enquanto pais (*parental partnership*).

Assim, já foi defendido que a pensão alimentícia deveria ter por referência não o nível de vida efectivamente gozado pelos cônjuges durante a vida em comum, mas aquele, eventualmente mais elevado, que os *recursos disponíveis teriam permitido* que gozasse, ou seja, *o nível de vida potencial*<sup>1199</sup>. Ora, esta proposta parece esquecer que, salvo casos patológicos, o padrão de vida do casamento, que se traduz, de forma mais visível, nos hábitos de consumo da família, terá de ser definido de comum acordo pelos cônjuges. Assim, o facto de os cônjuges terem optado por afectar apenas uma parte dos recursos à condução de um determinado teor de vida, enquanto resulte de um verdadeiro exercício da autonomia, não pode deixar de ser considerada<sup>1200</sup>.

Avançou-se também já no sentido de tomar por referência na fixação do montante da pensão os *melhoramentos na situação económica* do obrigado a alimentos<sup>1201</sup>, já posteriores à separação, que não tivessem relevado para a determinação do nível de vida do casamento. Ou, pelo menos, como a *Cassazione* italiana tem vindo recentemente, e de forma consistente, a considerar, deveriam ser tidos em conta os rendimentos que resultam de “desenvolvimentos naturais e previsíveis da actividade levada a cabo durante o casamento”<sup>1202</sup>.

Qualquer uma destas propostas terá de ser recusada face aos dados do nosso sistema. Na verdade, embora ambas se afastem do teor de vida experimentado pelos cônjuges durante o casamento, têm por referência a própria noção de “nível de vida do casamento” – no primeiro caso, para considerarem o *nível de vida potencial*; no

<sup>1199</sup> *Apud* Tommaso Auletta, *Diritto di Famiglia*, 237.

<sup>1200</sup> Neste sentido, Tommaso Auletta, *Diritto di Famiglia*, 238.

<sup>1201</sup> Aqui já jogam elementos de verdadeira determinação do montante da obrigação de alimentos e não apenas da determinação do nível da necessidade a que se responde, porque se está a contar com os outros factores que contribuem para a fixação da medida. Todavia, por razões de unidade da exposição, referir-nos-emos a eles aqui.

<sup>1202</sup> C. Massimo Bianca, *Diritto Civile*, 252, e Tommaso Auletta, *Diritto di Famiglia*, 256.

segundo caso, para avocarem o *nível de vida previsível*, concretização do projecto comum para o qual ambos os cônjuges teriam contribuído. Ora, foi precisamente a remissão para o padrão de vida do casamento que foi recusada pelo regime português, tanto na sua manifestação mais modesta, como, com certeza, nestas traduções mais ambiciosas.

Nos casos em que o alimentando tem filhos a cargo, a questão do montante dos alimentos também recebe o tratamento dos modelos de *income sharing*. Neste contexto, deparamo-nos com propostas de diferente configuração, mas que têm na sua base a ideia comum de que a comunidade económica iniciada no casamento perdura durante a menoridade dos filhos, independentemente do que aconteça à relação dos pais<sup>1203</sup>. Na verdade, os cônjuges são *equal partners* na tarefa de criar os filhos menores e, por esta razão, o cuidado destes e a infraestrutura necessária para lhe fazer face não termina com o divórcio, pelo que também não deveria terminar a partilha de benefícios<sup>1204</sup>. Defende-se que, se assim não for, e se persistir na ideia comum à maior parte dos ordenamentos de atingir a auto-suficiência em detrimento da comparabilidade dos dois agregados, o facto de a divisão de responsabilidades em função do género continuar depois do divórcio fará com que o progenitor residente suporte isoladamente os fardos económicos associados com a ruptura do casamento<sup>1205</sup>.

A proposta de STARNES vai no sentido de igualizar os níveis de vida dos agregados até que o filho mais novo atinja a maioridade<sup>1206</sup>. E, em sentido similar, encontramos também as posições de SINGER<sup>1207</sup> e CARBONE<sup>1208</sup>. Na proposta de RUTHERFORD e TISHLER, defende-se um modelo de divisão *per capita* do rendimento pós-divórcio <sup>1209</sup>, que reclama como vantagens impor uma norma de igual valorização do tipo de trabalho assumido e promover a igualdade económica para mulheres e filhos dentro da família e no mercado de trabalho<sup>1210</sup>. OKIN, por sua vez,

---

<sup>1203</sup> June Carbone, *Income Sharing*, 386.

<sup>1204</sup> Cynthia Lee Starnes, *Mothers as Suckers*, 1551.

<sup>1205</sup> Mary Ann Glendon, *The Transformation of Family Law*, 237.

<sup>1206</sup> Cynthia Lee Starnes, *Mothers as Suckers*, 1551, e Cynthia Lee Starnes, *Victims, Breeders*, 147 a 149.

<sup>1207</sup> SINGER aparece ainda a defender o *income sharing* por um período após o divórcio que dependa da duração do casamento. Jana B. Singer, *Divorce Reform*, 1117 e 1118.

<sup>1208</sup> June Carbone, *Income Sharing*, 386.

<sup>1209</sup> Jane Rutherford; Barbara Tishler, *Equalizing the Cost of Divorce*, 512.

<sup>1210</sup> Jane Rutherford; Barbara Tishler, *Equalizing the Cost of Divorce*, 512 e ss.

propõe igualar níveis de vida das casas por período proporcional ao casamento<sup>1211</sup>. Por fim, para EEKELAAR, não está em causa alcançar a verdadeira igualdade de nível de vida de cada cônjuge, embora esta possa ocorrer incidentalmente. Defende o *income sharing* durante período de dependência dos filhos, de modo a que se garanta à cuidadora o mesmo nível de vida da maioria das mulheres casadas, da mesma idade, o que pode ou não envolver igualdade económica com o seu ex-cônjuge<sup>1212</sup>. Por fim, na proposta de WILLIAMS, vai-se ainda mais longe. Além da igualização de rendimentos após divórcio, defende também “novos direitos” relativamente a património, para que ambos tenham igual direito (“*equal claim*”) aos ganhos de cada um enquanto os filhos crescem e por tempo considerável após o divórcio<sup>1213</sup>.

Estas teorias, partindo de pressupostos similares, acabam por chegar a resultados diversos. Assim, segundo a análise de CARBONE, a proposta de GLENDON teria impacto principalmente em famílias de modestos rendimentos, enquanto a de OKIN tê-lo-ia em sujeitos com maiores rendimentos. Reconhece, todavia, que, para a maior parte das famílias, a diferença entre igualizar rendimentos pós-divórcio e prover à subsistência pode não ser grande<sup>1214</sup>.

A doutrina que propõe o *income sharing* identifica, todavia, efeitos de incentivo e desincentivo, nem sempre com efeitos positivos. Assim, por um lado, a ampla medida que este modelo propõe pode constituir um incentivo para deixar o casamento<sup>1215</sup>, mas também, na medida em que se ligue à existência do cuidado dos filhos e não à relação matrimonial, um incentivo para o aumento de nascimentos fora do casamento<sup>1216</sup> ou para os cônjuges procurarem obter a residência dos filhos junto de si<sup>1217</sup>. Por outro lado, pode desempenhar um papel desincentivador a trabalhar no mercado, procurar emprego ou permanecer empregado<sup>1218</sup> e, conseqüentemente, perpetuar papéis de género<sup>1219</sup>. Para além destes efeitos, o

---

<sup>1211</sup> Susan Moller Okin, *Justice, Gender and the Family*, 166.

<sup>1212</sup> Eekelaar, *Equality and the purpose of maintenance*, p. 197 e 198.

<sup>1213</sup> Joan Williams, *Is Coverture Dead?*, 2257 a 2266.

<sup>1214</sup> June Carbone, *Income Sharing*, 385.

<sup>1215</sup> Joan M. Krauskopf, *Comments on Income Sharing*, 423.

<sup>1216</sup> June Carbone, *Income Sharing*, 407.

<sup>1217</sup> Martha Albertson Fineman, *Responsibility, Family and the Limits of Equality*, 39 ss.

<sup>1218</sup> Joan M. Krauskopf, *Comments on Income Sharing*, 423 e June Carbone, *Income Sharing*, 407.

<sup>1219</sup> June Carbone, *Income Sharing*, 407.

*income sharing* enfrenta a crítica de que “sobre-compensa” a mãe, que beneficia simultaneamente deste rendimento desproporcionado e de mais tempo com o filho. STARNES enfrenta esta crítica, alegando que o tempo disponível para o cuidado e para proporcionar as melhores condições de vida ao filho não se reflecte necessariamente em benefício psíquico, já que quantidade de tempo não se traduz sempre em “tempo de qualidade”, recusando que se abra a porta a medir a “felicidade parental”<sup>1220</sup>. Por fim, censura-se o facto de os regimes propostos pelas teorias de *income sharing* terem problemas em lidar com alterações subsequentes, que deveriam ser irrelevantes, e de admitirem a disponibilidade por acordo<sup>1221</sup>.

Apesar das suas fragilidades, o interesse destas teorias tem sido suficiente para despertar a atenção do pensamento comunitarista, que vê nelas uma forma de preservação dos indivíduos de uma perspectiva comunitária, em contraposição com a pura prossecução de interesse privado que erode a rede de ambientes sociais de que dependemos<sup>1222</sup>.

O favor que colhem junto de alguns quadrantes ideológicos não elimina o *irrealismo político* das propostas de *income sharing*, que, aliás, se reflectiu no facto de o ALI não as ter acolhido<sup>1223</sup>, ciente da primazia da crença cultural difícil de afastar de que os rendimentos, nomeadamente os salários de uma pessoa (não casada), pertencem a quem os ganha<sup>1224</sup>. Esta perspectiva é próxima dos dados do nosso direito, que é mais sensível aos factores sociais e diferenças individuais que tornam difícil sustentar que um ex-cônjuge suporte a igualização dos níveis de vida, apesar da desigual distribuição das responsabilidades<sup>1225</sup>, quando afasta até o nível de vida do casamento como padrão<sup>1226</sup>.

A falta de abertura para aceitar uma proposta da índole do *income sharing* não significa que não possa haver uma especial consideração do seu fundamento mais destacado – facto de o alimentando ser o cuidador dos filhos comuns, como vimos.

---

<sup>1220</sup> Cynthia Lee Starnes, *Mothers as Suckers*, 1551.

<sup>1221</sup> June Carbone, *Income Sharing*, 407.

<sup>1222</sup> June Carbone, *Income Sharing*, 397, e A. Etzioni *The Responsive Communitarian Platform: Rights and Responsibilities. The Essential Communitarian Reader*. A. E. ed.). Oxford, Rowan & Littlefield Publishers.

<sup>1223</sup> Joan M. Krauskopf, *Comments on Income Sharing*, 420.

<sup>1224</sup> ALI, *Principles of the Law*, 790.

<sup>1225</sup> June Carbone, *Income Sharing*, 388.

<sup>1226</sup> Note-se que o nível de vida do agregado do ex-cônjuge alimentante pode ser superior ao nível de vida do casamento porque, por exemplo, os investimentos feitos no seu capital humano permitem que agora obtenha maiores rendimentos.

Na verdade, essa circunstância pode ser tida em conta no sentido de travar uma descida acentuada de nível de vida do cuidador<sup>1227</sup>, considerando o impacto que esta actividade exerce na sua situação de necessidade e o interesse em criar um ambiente adequado para o filho. Os dados do regime não permitem, todavia, aceitar que a co-parentalidade pós-divórcio sustente a “comunidade económica contínua” que o *income sharing* preconiza<sup>1228</sup>. E também não permitem enveredar pela via adoptada para preservar os resultados do *income sharing* e fazer face à sua parca aceitação, diluindo o montante a conceder ao cônjuge cuidador numa maior medida de alimentos aos filhos<sup>1229</sup>, dado que esta obrigação de alimentos tem pressupostos, fundamentos e finalidades diferentes dos dos alimentos pós-divórcio.

#### 1.2.4.3. Padrão minimalista

No outro extremo, encontra-se a definição da necessidade a convocar a resposta alimentícia a um nível mínimo<sup>1230</sup>. É o nível a que a obrigação alimentar geral visa responder, dado que visa garantir o *indispensável* ao sustento (artigo 2003.º). Vimos já, todavia, que, ainda que adoptássemos esta posição, não poderíamos ver este padrão definido a um nível correspondente à subsistência. Por isso, aquilo que é *indispensável* corresponderia sempre ao “mínimo para uma existência condigna”, que constitui o limiar que o Estado sempre assumiria.

A jurisprudência posterior à Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro, tem sido particularmente favorável à adopção desta medida minimalista, como se resultasse da recente reforma do regime do divórcio uma escolha clara no sentido de a adoptar como padrão genérico<sup>1231</sup>. Ora, tal opção não foi feita. A única decisão do legislador

<sup>1227</sup> Neste sentido, face à lei anterior, ver J. P. Remédio Marques, *Algumas Notas sobre Alimentos*, 171, que notava que art. 2016.º, n. 3, continha “critérios suficientemente dúcteis” para evitar uma descida abrupta do nível de vida do ex-cônjuge residente relativamente ao nível de vida que o filho mantém, em virtude da obrigação de alimentos paga pelo progenitor.

<sup>1228</sup> June Carbone, *Income Sharing*, 392.

<sup>1229</sup> June Carbone, *Income Sharing*, 389.

<sup>1230</sup> É esta a tendência na Suécia, onde o pagamento de alimentos é marcadamente excepcional e fixado no mínimo. AA. VV., *European Family Law in Action*, vol. II, 218.

<sup>1231</sup> Neste sentido, Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça de 16-03-2011 (Helder Roque) (proc. 252-A/2002.L1.S1) e de 20-02-2014 (Granja Fonseca) (proc. 141/10.6TMSTB.E1.S1) e Acórdãos do Tribunal da Relação do Porto 15-09-2011 (Filipe Carço) (proc. 11425/08.3TBVNG.P1) e de Lisboa 14-05-2015 (Teresa Albuquerque) (proc. 7791/13.7TBCSC.L1-2) ([www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)).

de 2008 quanto à medida do auxílio a prestar traduziu-se no afastamento do teor de vida do casamento como elemento de referência.

É certo que o único padrão que a lei define para o montante das obrigações de alimentos, sem que exista norma especial que expressamente o afaste<sup>1232</sup>, é aquele critério do *indispensável* do artigo 2003.º. No entanto, pensamos, que no âmbito das relações entre ex-cônjuges, não se impõe<sup>1233</sup>. Na verdade, neste âmbito, a medida da necessidade que convoca uma obrigação de alimentos deve ser determinada em função dos critérios conformadores da necessidade que são enunciados no artigo 2016.º-A, n.º 1, que será satisfeita também em função da determinação das possibilidades do devedor. Portanto, a lei confere uma plasticidade grande nesta definição que dificilmente se compagina com a identificação com um padrão minimalista<sup>1234</sup>. Mas, ainda que entendêssemos que este padrão constitui a base para fixar uma pensão alimentícia e não a medida imposta, teríamos de introduzir outro elemento que releva ao nível da fixação da prestação alimentícia – a *condição social* do requerente<sup>1235</sup>.

O facto de se recusar a limitação da necessidade *relevante* ao nível de subsistência como *medida fixa (única)* nos alimentos pós-divórcio, não significa, porém, que não acabe por ser este mesmo o montante determinado em concreto para a pensão alimentícia. Tal pode acontecer quando, apesar de o nível da necessidade poder ser fixado num ponto mais alto do que aquele mínimo, os recursos do devedor apenas podem responder a este. Neste caso, não parece que seja de recorrer a um dos subsequentes potenciais obrigados a alimentos, no âmbito da obrigação alimentar geral, porque o montante determinado coincidiria precisamente com o que seria exigível a estes últimos e, em última análise, ao Estado.

A determinação naquela medida pode também suceder quando o nível da necessidade atendível seja fixado neste mesmo ponto. Na verdade, a consideração dos factores do artigo 2016.º-A, n.º 1, pode servir para fundar uma pensão alimentícia mais alta, mas também para justificar uma pensão mais baixa. Pense-se

---

<sup>1232</sup> F. M. Pereira Coelho, Guilherme de Oliveira; *Curso*, 696.

<sup>1233</sup> Em sentido contrário, ver Diogo Leite de Campos, *Lições de Direito da Família*, 311, que a defende. Para LEITE DE CAMPOS, a obrigação de alimentos não visa colocar o ex-cônjuge no nível de vida que tinha enquanto casado, “mas unicamente garantir-lhe a satisfação das suas necessidades embora de modo condigno”.

<sup>1234</sup> Em sentido semelhante, na lei anterior, ver J. P. Remédio Marques, *Algumas Notas sobre Alimentos*, 169, nota 214.

<sup>1235</sup> Cf. §1610 BGB, que elege como padrão para determinar a necessidade a *Lebensstellung* do alimentando.

na avaliação da necessidade do alimentando feita em função de um casamento de curta duração e cuja fonte é totalmente estranha à relação matrimonial (por exemplo, um problema de saúde, anterior ao casamento ou a idade avançada de quem já se casou tarde). Parece-nos que, nestes casos, não se justifica exigir ao devedor mais do que um nível mínimo de alimentos, mera expressão de uma solidariedade fundada no (curto) vínculo matrimonial.

#### 1.2.4.4. Padrão médio

Por fim, tendo recusado o propósito de garantir o nível de vida do casamento e, por maioria de razão, medidas mais elevadas, que tivessem por referência o teor de vida mais elevado gozado posteriormente pelo ex-cônjuge, mas também o objectivo de assegurar *apenas* o limite de uma existência condigna, teremos de avançar com a possibilidade de se pretender garantir uma *medida alimentar intermédia*.

Podemos identificar esta medida como aquela que responderia à necessidade do alimentando a um nível *razoável*<sup>1236</sup>, que lhe asseguraria uma situação *decente*, ou seja, nem degradada ao nível da sobrevivência, nem insuflada em função do teor de vida do casamento<sup>1237</sup>. Temos, todavia, de usar de alguma cautela ao classificá-lo como um nível *médio*. Será *médio* no sentido em que não adopta qualquer daquelas duas medidas<sup>1238,1239</sup>.

Entre nós, PEREIRA COELHO e OLIVEIRA pronunciavam-se, no âmbito do regime anterior, a favor desta medida, tida como mais justa e mais realista. A nota de justiça seria dada pela conciliação que permitiria entre a solidariedade pós-conjugal e a responsabilização individual daquele que após o divórcio deveria encaminhar-se para a plena autonomia e porque afasta a ideia do casamento como “seguro contra

<sup>1236</sup> F. M. Pereira Coelho, Guilherme de Oliveira; *Curso*, 696 e 697.

<sup>1237</sup> Guilherme de Oliveira, *A Nova Lei do Divórcio*, 30.

<sup>1238</sup> A classificação de “um nível de vida digno” a que procede o ordenamento jurídico italiano será talvez uma melhor tradução. Tommaso Auletta, *Diritto di Famiglia*, 249. Para AULETTA, embora menos favorável ao cônjuge mais débil do que a manutenção do padrão de vida do casamento, esta posição responde melhor à ideia de “divórcio enquanto cessação definitiva da comunidade de vida entre cônjuges”.

<sup>1239</sup> Adoptando uma medida intermédia, Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça 23-10-2014 (Abrantes Geraldês) (2155/08.7TMLS-B-A.L1.S1) ou atendendo aos vários critérios, Ac. Tribunal da Relação de Lisboa (Orlando Nascimento) (proc. 7409/12.5TBCSC.L1-7) ([www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)).



as diminuições de fortuna”. O realismo desta opção estaria associado à menor disponibilidade do obrigado para garantir um nível superior (o do casamento), tendo em conta os maiores encargos que a sua nova vida suscitaria<sup>1240</sup>. Já após a Reforma de 2008, também encontramos quem considere ser este o sentido a que o novo regime é reconduzível<sup>1241</sup>.

#### 1.2.4.5. Posição adoptada. Concretização.

Pensamos que está excluída uma asséptica determinação da medida da necessidade a satisfazer em função de um “cabaz de compras” de montante mais ou menos generoso. E, nessa medida, cremos que a opção do regime jurídico português não se reporta à adopção de um nível, um referente quantitativo de alimentos, a que se deva aspirar. Os dados do sistema, mais propriamente a enunciação dos critérios do artigo 2016.º-A, apontam-nos não para um propósito de definição de um nível de necessidade *relevante*, mas para a importância de considerar factores diversos na determinação dos pressupostos da obrigação alimentar e, em particular, da necessidade, que a justifica e modela. Tais factores apontam para dados de natureza quantitativa, mas também de natureza qualitativa, que devem concorrer para determinar a necessidade *relevante* e se há meios para lhe fazer face. Ora, essa fasquia, dependendo do concurso de tais circunstâncias, pode colocar-se em níveis muito distintos, tal como temos vindo a exemplificar. Estes níveis são, portanto, traçados em função da situação concreta dos sujeitos da relação alimentar, sem que sejam compulsivamente determinados por referência a uma medida fixa, exterior a esse processo de modelação – seja o nível de vida do casamento ou o limiar de uma existência condigna. De algum modo, pode ser convocada a ideia de uma medida *razoável* – razoável porque determinada pela ponderação concreta de uma constelação de factores relevantes. O montante em concreto da pensão alimentícia será fixado tendo em conta a medida desta necessidade, na sua relação com as possibilidades do devedor, como teremos oportunidade de tratar.

---

<sup>1240</sup> F. M. Pereira Coelho, Guilherme de Oliveira; *Curso*, 697. Na jurisprudência, ver Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 26.03.1998 (Fernandes Magalhães) (proc. 98A254) ([www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt))

<sup>1241</sup> Maria João Romão Carreiro Vaz Tomé, *Algumas reflexões sobre a obrigação de compensação*, 451 e 453. Neste sentido, Jorge Duarte Pinheiro, *O Direito da Família Contemporâneo*, 2013, 636.

### 1.3. POSSIBILIDADES DO OBRIGADO

As possibilidades do prestador são o outro elemento do binómio que subjaz à obrigação de alimentos. Porém, apesar de aparecerem com a mesma visibilidade e ao lado do pressuposto da necessidade<sup>1242</sup>, não representam o mesmo papel no seio deste instituto. Tal como vimos, a “necessidade” do alimentando convoca e justifica a obrigação de alimentos. As possibilidades do devedor permitem que esta se concretize. Daí que só mediante a coordenação destes dois elementos se consiga determinar em concreto a obrigação alimentícia.

Apesar da sua diferente posição, *grosso modo*, estes dois pressupostos são o resultado da consideração do mesmo tipo de factos, mobilizados de forma diversa, consoante estejamos a averiguar da posição do requerente ou do requerido. Se nos detivermos sobre a situação do primeiro, trata-se de saber quais são as *necessidades* que há a satisfazer, uma vez mobilizados os *recursos* que o alimentando tem ao seu dispor, como tivemos oportunidade de concretizar. Ao olharmos agora para a posição do devedor de alimentos, percebemos que as *possibilidades* que este tem de fazer face à situação de necessidade do alimentando, resultam dos *meios* de que pode dispor, uma vez consideradas as *despesas* a que tem de fazer face. Importa, assim, definir aquilo que pode ser incluído em cada um dos elementos desta operação quando tratamos do lado do requerido.

#### 1.3.1. Recursos do alimentante

Tratemos, em primeiro lugar, dos *recursos* do alimentante. Estes deverão ser avaliados no momento em que os alimentos são requeridos, independentemente de ter havido uma evolução positiva ou negativa a partir da data do divórcio<sup>1243</sup>. São as possibilidades *actuais* do alimentante.

---

<sup>1242</sup> Cf. Artigos 2004.º, n. 1, e 2016.º, n. 1, do Código Civil.

<sup>1243</sup> A consideração desta evolução não é, todavia, indiferente noutros ordenamentos jurídicos, em que é relevante a determinação do nível de vida dos cônjuges durante o casamento para efeito de fixação dos alimentos. Veja-se, no caso alemão a consideração dos saltos profissionais após o casamento. Bruder Müller, Gerd – Palandt Beck'sche Kurz Kommentare Bürgerliches Gesetzbuch, Band 7, 74. Aufl., München, Beck, 2015, (§1581), 1934.

Os *meios* ou *recursos* podem assumir um sentido muito amplo<sup>1244</sup>, mas a primeira aproximação que encontramos na lei refere-se aos “rendimentos e proventos” do devedor de alimentos (artigo 2016.º-A, n.º 1). E, de facto, há que contar tanto com rendimentos de bens e capital, como com o produto do trabalho<sup>1245</sup>. Discute-se se devem ser apenas contabilizadas as receitas que revistam um carácter habitual<sup>1246</sup> ou se também se pode contar com aquelas que apresentem um carácter esporádico<sup>1247</sup>. Aquela primeira posição apoia-se no facto de a prestação alimentícia revestir, por regra, carácter periódico, pelo que deverá contar com recursos que a possam acompanhar<sup>1248</sup>. Todavia, como veremos, esta não é a única modalidade de cumprimento, nem uma receita pontual tem necessariamente de ser de valor tão diminuto que não permita a sua consideração no âmbito de um pagamento alargado no tempo.

Pode igualmente esperar-se que o requerido mobilize o capital de que é titular. Isto significa que se espera que se produzam frutos, quando esse capital é produtivo<sup>1249</sup>. Já será mais controverso, no entanto, exigir que o proprietário *aliene* os seus bens para fazer face às necessidades do alimentando. Daí que, embora esta possibilidade seja admissível<sup>1250</sup>, haja que usar de grande prudência nesta conclusão. No direito italiano, AULETTA defende que um esforço tão intenso que leve à venda de bens do cônjuge mais abonado só se pode pretender quando o outro cônjuge se encontra em condições tais que não veja assegurado nem o teor de vida alimentar, estando em perigo o direito fundamental da pessoa a uma existência com dignidade<sup>1251</sup>. Entre nós, VAZ SERRA lança mão de um critério de razoabilidade, para balizar as situações em que o obrigado a alimentos deverá sacrificar o seu próprio capital<sup>1252</sup>. Parece-nos, na esteira de ANTUNES VARELA<sup>1253</sup>, que entregar esta decisão à

<sup>1244</sup> A lei refere-se aos “meios” daquele que houver de prestar os alimentos (Artigo 2004.º, n.º 1), o que constitui, se nos quisermos socorrer da expressão do caso *Pearce v. Pearce*, uma palavra “inteiramente não qualificada”.

<sup>1245</sup> Cf. Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 17-04-2012 (Sílvia Pires) (Proc. 320/10.6TBTMR.C1) ([www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)), que enuncia estes elementos.

<sup>1246</sup> Vaz Serra, *Obrigação de alimentos*, 123; Eduardo dos Santos, *Direito da Família*, 648.

<sup>1247</sup> Moitinho de Almeida (1967), p. 276.

<sup>1248</sup> Eduardo dos Santos, *Direito da Família*, 648.

<sup>1249</sup> Veja-se o que dissemos a propósito dos meios para fazer face às necessidades próprias por parte do requerido, Cap. I B 2.3.

<sup>1250</sup> No mesmo sentido, para o direito italiano, que avança que tal deverá apenas acontecer “quando o requerente não tem meios suficientes para garantir um nível digno de vida”. Auletta, *Diritto di Famiglia*, 251.

<sup>1251</sup> Auletta, *Diritto di Famiglia*, 239. Tece estas considerações a propósito dos alimentos em caso de separação, mas remete para elas a propósito dos alimentos pós-divórcio.

<sup>1252</sup> Vaz Serra, *Obrigação de alimentos*, 122. No mesmo sentido, v. Abel Delgado, *O Divórcio*, 167.

avaliação do julgador será a melhor solução. Na verdade, importa determinar não só se aquela ablação do património do devedor representa uma mudança significativa na sua estrutura de vida, mas também se isto se justifica face à situação concreta do alimentando. De facto, a decisão pode revelar-se dotada de pouca racionalidade económica ou provocar um resultado injusto, tendo em conta as particulares situações dos sujeitos envolvidos<sup>1254</sup>. Por exemplo, a alienação de um veículo automóvel que não produz um valor considerável, mas que origina grandes dificuldades na prossecução da actividade económica do devedor subsumir-se-á ao primeiro caso. Também nos parece ser de ponderar o facto gerador da necessidade. Na verdade, teremos uma maior dificuldade em sustentar do ponto de vista da justiça material, a alienação de um bem do obrigado para fazer face às necessidades do ex-cônjuge após casamento de curta duração e em que a causa da necessidade é completamente estranha à relação entre os cônjuges, do que num caso em que a situação vivida pelo alimentando se prende com o casamento ou com a partilha das responsabilidades de cuidado entre os ex-cônjuges. Neste último caso, pode haver uma maior exigência relativamente à disponibilidade do obrigado.

Lembre-se que, no estabelecimento das condições económicas concretas do alimentante, deverá considerar-se a “situação patrimonial complexa”. Do ponto de vista negativo, isto significa que não poderemos considerar o capital e os rendimentos libertos das despesas e obrigações que oneram o património, como, por exemplo, os ónus contributivos para produção de rendimento<sup>1255</sup> e demais despesas necessárias para produzi-lo<sup>1256</sup>. Mas a “situação patrimonial complexa” também compreende, do ponto de vista positivo, a possibilidade de obter dinheiro a crédito para fazer face à obrigação alimentar<sup>1257</sup>.

No entanto, pensamos ser de ter em consideração na determinação destes recursos apenas os meios *presentes* do obrigado e não meras expectativas. Pense-se,

---

<sup>1253</sup> Antunes Varela considera que esta decisão foi entregue ao prudente arbítrio do julgador. Pires de Lima, Antunes Varela, Código Civil Anotado, Vol. V, p. 581.

<sup>1254</sup> É em termos análogos que o § 1581 (1) BGB se refere à possibilidade de alienar os bens do devedor de alimentos Gerd Brudermüller – *Palandt Beck'sche Kurz Kommentare*, (§1581), n.11, 1932.

<sup>1255</sup> T. Auletta, *Diritto di Famiglia*, 251, mas têm de se contabilizar as despesas e obrigações que oneram o património (ex. ónus contributivos para produção de rendimento ou os que derivam de um novo casamento).

<sup>1256</sup> A *Cassazione* fala a este propósito dos “rendimentos líquidos”. T. Auletta, *Diritto di Famiglia*, 238.

<sup>1257</sup> Vaz Serra, *Obrigações de alimentos*, 122, desde que o possa pagar “num período razoável”. Ver também, T. Auletta, *Diritto di Famiglia*, 238.

por exemplo, na situação do herdeiro legitimário enquanto o autor da sucessão ainda vive.

Já o direito à pensão de reforma e outros pagamentos pensionísticos só devem ser considerados quando se traduzam na sua efectiva recepção e não apenas na possibilidade de a vir auferir no futuro<sup>1258</sup>. A importância da sua consideração nesta sede não é, todavia, negligenciável, no ordenamento jurídico português. Na verdade, este direito, que integra o conceito de *new property*, não é objecto de partilha na sequência da dissolução do casamento<sup>1259</sup>. Assim, é apenas entendido como fonte de rendimento, canalizável para engrossar os recursos do devedor de alimentos e é por esta via que o ex-cônjuge economicamente mais débil tem acesso a ela. E é por ser tido em conta enquanto fonte de rendimento que só se justifica integrá-lo nos recursos do alimentante quando estes valores já são percebidos pelo seu titular, justificando-se, inclusivamente, a alteração dos alimentos fixados, no momento em que este os comece a embolsar<sup>1260</sup>.

À partida a lei não estabelece distinção entre fontes de rendimentos quando determina o que é mobilizável para responder aos alimentos e, assim, quando nos debruçamos sobre os benefícios sociais, não haverá que distinguir, aquilo que se configura como um substituto dos rendimentos do trabalho e o que é havido a título de assistência social<sup>1261</sup>.

Apesar desta aproximação flexível aos recursos mobilizáveis, não podemos aderir a uma aproximação às “possibilidades” do obrigado semelhante à neerlandesa. Neste ordenamento jurídico é também tido em conta o “rendimento fictício” do cônjuge, ou seja, aquele que este pode razoavelmente adquirir e, deste modo, se o devedor obtém rendimentos inferiores aos que pode alcançar, este nível mais baixo de rendimento não tem necessariamente de ser tido em conta<sup>1262</sup>.

---

<sup>1258</sup> Maria João Vaz Tomé, O direito à pensão, 302 e 318. Maria João Vaz Tomé, admite que o tribunal tome em conta “a pensão de reforma recebida pelo cônjuge trabalhador aquando da completude do processo de formação do seu direito à pensão de reforma, ou até mesmo o próprio direito à pensão de reforma ainda não totalmente formado.”

<sup>1259</sup> Apesar de esta possibilidade ter já sido reclamada pela doutrina nacional. V. Maria João Vaz Tomé, O direito à pensão, passim.

<sup>1260</sup> Maria João Vaz Tomé, O direito à pensão, 302.

<sup>1261</sup> No entanto, há que ter em conta os limites que se estabeleçam quanto ao mínimo que é reservado ao devedor de alimentos e que, muitas vezes, estas prestações se limitam a garantir.

<sup>1262</sup> Katharina Boele-Woelki et al., *European Family Law in Action*. Vol. II, 307.

Tal não significa, no entanto, desconsiderar a *capacidade de trabalho* do alimentante, ela própria fonte dos proventos do trabalho, sendo certo que também esta depende das “circunstâncias do alimentante”<sup>1263,1264</sup>. Desde logo há a considerar aquelas que são enunciadas no artigo 2016.º-A, n.º 1, e que podem condicionar o exercício de uma actividade remunerada por parte do obrigado. Pense-se na saúde e na idade deste, nas suas qualificações profissionais, mas também nas concretas oportunidades de emprego e na possibilidade que este tenha de beneficiar delas em virtude das suas obrigações, principalmente, em função do tempo que tenha de dedicar ao cuidado de filhos comuns<sup>1265</sup>.

Definido este quadro, importa determinar se existe um *dever de o obrigado a alimentos trabalhar* para obter os recursos para responder à sua obrigação. Ou ainda se existe o dever de assumir uma outra ocupação que permita auferir ganhos mais elevados. A questão não se põe nos mesmos termos do alimentando, já que a particular expressão que o princípio da auto-suficiência adquiriu no contexto actual faz-nos ser mais exigentes quanto aos esforços deste para se sustentar. Mas também não se deverá colocar ao nível de uma mera obrigação moral<sup>1266</sup>. Assim, há que admitir a possibilidade de determinação em concreto desta obrigação, atentos os interesses em jogo<sup>1267</sup>. Todavia, não poderemos esquecer que há direitos fundamentais do obrigado que também aqui são convocados, nomeadamente o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, que estão implicados na escolha e exercício de uma profissão<sup>1268</sup>. Deste modo, teremos de distinguir os casos em que se denote um claro propósito de, através da diminuição ou privação de meios próprios, prejudicar o alimentando, daqueles em que existe uma justificação razoável para esta opção. Isto acontecerá quando o estado de saúde ou a idade do

<sup>1263</sup> A expressão é de Pereira Coelho. F. M. Pereira Coelho, *Curso de Direito de Família*, vol. I, 1960, p. 858, nota 1.

<sup>1264</sup> Sobre a capacidade de trabalho, ver o que já escrevemos sobre a capacidade de trabalho do alimentado, em Cap. I B., nomeadamente os factores que a condicionam, as efectivas possibilidades de o fazer.

<sup>1265</sup> Na análise destas “circunstâncias” remetemos para a análise que já fizemos de tais factores a propósito da necessidade do alimentado *mutatis mutandis*.

<sup>1266</sup> Já se afirmou tratar-se de um obrigação apenas e tão somente moral, isenta de qualquer laivo de juridicidade, como nos dá nota Maria João Vaz Tomé, *O direito à pensão*, 318.

<sup>1267</sup> Cf. Vaz Serra, *Obrigação de alimentos*, 122, que considera ser que trabalhe, se necessário, se em atenção “à intensidade do vínculo que o liga ao alimentando isso for razoável”. No caso dos ex-cônjuges, não será a “intensidade do vínculo”, mas antes uma ponderação das situações de alimentante e alimentado, nos termos que defendemos. Maria João Vaz Tomé propõe um “critério de concordância prática dos interesses em causa”. Maria João Vaz Tomé, *O direito à pensão*, 318.

<sup>1268</sup> Já do Tratado de Cunha Gonçalves resultava que não é admissível contar com aquilo que o alimentante poderia obter com um futuro trabalho – “é pura violência e um absurdo forçar êste a novos trabalho”. Luiz da Cunha Gonçalves, *Tratado de Direito Civil*, vol. II, 441.

devedor fundem a sua decisão, mas também quando haja outro propósito legítimo, como enveredar por outra profissão desejada ou prosseguir os estudos. Nesta situação, será de aceitar a legitimidade da opção do devedor de alimentos. Será também aqui de ponderar, como já sugerimos a propósito da possibilidade de sacrificar o capital, a génese da necessidade do alimentado. Se a obrigação alimentícia prosseguir *também* propósitos compensatórios será maior a exigência feita ao obrigado do que se estiver num plano meramente solidarístico.

A obrigação de alimentos é, aliás, a única forma de aceder ao *capital humano*<sup>1269</sup> do ex-cônjuge mais abastado por parte do empobrecido. Na verdade, apesar do capital humano ter sido conceptualizado como uma das categorias de *new property*<sup>1270</sup>, não tem sido fácil a sua aceitação com fazendo objecto da partilha, e o caso português não é excepção<sup>1271</sup>. Na verdade, na Reforma de 2008 também não se optou por proceder a qualquer alteração ou clarificação<sup>1272</sup> do elenco dos bens comuns do casal de forma a incluir bens intangíveis como o capital humano<sup>1273</sup>. Assim, e não obstante ser invocado que o aumento de capital humano de um dos cônjuges durante o casamento está ligado ao empobrecimento do outro (geralmente a mulher), o acesso que este tem ao capital humano do primeiro dá-se, não directamente pela partilha deste bem, mas, indirectamente, por via do recebimento de uma pensão de alimentos – uma vez preenchidos os seus pressupostos –, sustentada pelos rendimentos que esta capacidade de ganho acrescida permite.

### 1.3.2. Despesas do alimentante

#### 1.3.2.1. Necessidades próprias

---

<sup>1269</sup> Sobre a família como elemento decisivo para a formação de capital humano, definido como a “capacidade produtiva que o ser humano adquire mediante formação formal ou informal”, ver Pilar Benavente Moreda, *Algunas consideraciones*, 4427.

<sup>1270</sup> Mary Ann Glendon, “Absolute” Rights, 111.

<sup>1271</sup> Mesmo no âmbito do crédito compensatório do artigo 1676.º, n.º 2, não está em causa aceder ao capital humano do outro cônjuge, através de esquemas de restituição, mas responder pelos “prejuízos patrimoniais importantes” que emergem da actividade contributiva com os contornos definidos pela lei.

<sup>1272</sup> Na verdade, Maria João Tomé já defendeu o recurso à interpretação extensiva e actualista do conceito de património para permitir a inclusão de bens intangíveis no património comum. Maria João Vaz Tomé, *o direito à pensão*, 148.

<sup>1273</sup> Nem se diga que esta classificação levantaria necessariamente problemas de dupla contabilização de determinados bens ou valores no âmbito da partilha e no âmbito alimentar. Na verdade, como Nina Dethloff explica e exemplifica, no contexto alemão, a *goodwill* do empresário pode ser considerada “património” para efeitos da *Zugewinnausgleich* (Nina Dethloff, *Familienrecht*, 133) enquanto os seus rendimentos futuros considerados na capacidade de pagar alimentos.

Uma vez determinados os recursos do obrigado, há que averiguar quais efectivamente se encontram *disponíveis* para responder às necessidades do alimentando. Na verdade, o potencial alimentante tem ele próprio necessidades a satisfazer, determinadas pelas suas particulares circunstâncias (de saúde, de idade, por ex.). E, assim, é necessário que este possa pelo menos garantir as suas *despesas necessárias* e apresente ainda um excedente para que possa ser obrigado ao pagamento de uma pensão alimentícia<sup>1274</sup>. À consideração do núcleo irredutível das despesas *necessárias*, que devem incluir o que é indispensável ao sustento, deve adicionar-se, à semelhança do modelo de cálculo adoptado nos Países Baixos para o chamado rendimento ‘draagkrachtloos’, a possibilidade de considerar de forma flexível outras despesas *relevantes*<sup>1275</sup>. De entre estas, há que equacionar a consideração das dívidas que obrigam o devedor de alimentos e a sua relevância na determinação dos seus recursos<sup>1276</sup>. Haverá que ponderar, segundo um critério de razoabilidade, o facto de serem consideradas nesta sede. Afastar-se-iam, assim, aquelas que se reportassem a despesas anormais ou supérfluas e as que resultassem de um comportamento irresponsável do devedor, contraídas de modo a colocar este em situação de não poder fazer face à sua obrigação alimentícia<sup>1277</sup>.

A ponderação de todos estes elementos não deve, pois, conduzir à imposição de uma obrigação de alimentos que implique uma alteração radical do nível de vida do ex-cônjuge, já que este deve poder continuar a conformar a sua vida de acordo com os recursos de que é titular, ainda que parcialmente contidos. Assim, não está apenas em causa garantir a sua manutenção, mas assegurá-la de acordo com a sua condição<sup>1278,1279</sup>.

<sup>1274</sup> Cunha Gonçalves referia-se a “meios de sobra”. Luiz da Cunha Gonçalves, Tratado de Direito Civil, vol. II, 440.

<sup>1275</sup> Katharina Boele-Woelki et al., *European Family Law in Action*. Vol. II, 198.

<sup>1276</sup> Para além disso, importa considerar a disponibilidade de recursos de obrigado a alimentos que tenha sido declarado insolvente. Ora, esta situação é acautelada pela lei, na medida em que prevê que seja tratada como dívida da massa insolvente a “obrigação de prestar alimentos relativa a período posterior à data da declaração de insolvência” (artigo 51.º, n. 1, al. j) CIRE), embora seja certo que tal direito a exigir alimentos só possa ser exercido contra a massa se nenhuma das pessoas referidas no artigo 2009.º do Código Civil estiver em condições de os prestar (artigo 93.º CIRE). Quanto aos alimentos a exigir do insolvente relativo a período posterior à declaração de insolvência, aplicam-se as mesmas exigências de prioridade do pagamento por parte das pessoas referidas no artigo 2009.º do Código Civil que estejam em condições de os prestar (artigo 93.º CIRE). A posição do alimentando – e a disponibilidade de meios para fazer face às suas necessidades – é ainda acautelada por via indirecta quando se prevê que no caso de o insolvente estar obrigado a prestar alimentos a terceiros nos termos acima descritos, o administrador da insolvência dever ter este facto em conta quando fixa subsídio, a título de alimentos, a favor do insolvente que careça absolutamente, agora, ele próprio, de meios de subsistência (artigo 84.º, n.º 4 e n.º 1 CIRE). Quanto aos créditos por alimentos que subsistam à data em que seja concedida exoneração de créditos que subsista à data em que a insolvência é concedida, ficam estes salvaguardados da dita exoneração e conseqüente extinção (artigo 245.º, n. 2, al. a) CIRE).

<sup>1277</sup> Ver Katharina Boele-Woelki et al., *European Family Law in Action*, Vol. II, 286.

<sup>1278</sup> Vaz Serra, *Obrigação de alimentos*, 122.



Do ponto de vista técnico, o Código de Processo Civil fornece-nos uma medida para o mínimo que é sempre reservado para o alimentante. Estabelece uma regra particular quanto à impenhorabilidade dos bens do devedor – quando o crédito exequendo for de alimentos é impenhorável “quantia equivalente à totalidade da pensão social do regime não contributivo” (Artigo 738.º, n. 4 do Código de Processo Civil)<sup>1280,1281</sup>, em desvio às soluções gerais previstas nos n.ºs 1 a 3 do mesmo artigo.

#### 1.3.2.2. Obrigações face a terceiros

Para além das suas necessidades próprias, há ainda que contar com as obrigações do devedor de alimentos face a terceiros<sup>1282</sup>. Estas obrigações devem traduzir-se em despesas de um carácter habitual<sup>1283</sup>, de carácter legal, excluindo-se obrigações de mera natureza moral<sup>1284</sup>.

As obrigações face a terceiros podem, inclusivamente, apresentar-se como prioritárias face ao direito a alimentos do ex-cônjuge. É o caso de “qualquer obrigação de alimentos relativamente a um filho do cônjuge devedor” à qual deve ser dada prevalência sobre a obrigação em favor do ex-cônjuge (Artigo 2016.º-A, n. 2, do Código Civil)<sup>1285</sup>.

Relativamente a este breve afloramento de um elenco oficial de credores de alimentos no nosso ordenamento jurídico pode comungar-se da apreensão que é exibida no contexto alemão quanto a este tipo de esquema já que a criação de

<sup>1279</sup> De acordo com o §1581 (1) BGB, também não se pode pôr em perigo a “adequada manutenção” do obrigado. O significado desta norma tem sido objecto de debate, mas a jurisprudência tem daí extraído a ideia de que o devedor terá sempre reservado para si um determinado montante para si próprio – o seu *Selbstbehalt* – ainda que tal signifique a impossibilidade de cumprir a sua obrigação de alimentos. Dieter Martiny, *Unterhaltsrang und -rückgriff*, I, 146 ss.

<sup>1280</sup> A pensão social no regime não contributivo encontra-se actualmente fixada em 201,53 euros mensais (artigos 116.º da Lei n.º 82-B/2014, de 31 de Dezembro, e 7.º, n.º 1 da Portaria n.º 286-A/2014, de 31 de Dezembro).

<sup>1282</sup> Isto pode significar não ser possível “eliminar completamente a situação de carência do alimentado, devendo atender-se à parte disponível dos rendimentos normais, tendo em atenção as obrigações do devedor para com outras pessoas”. Ver, acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 26-01-2010 (Jorge Arcanjo) (proc. N. 882/08.TBTVN.C1), in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

<sup>1283</sup> Neste sentido, Vaz Serra, *Obrigação de alimentos*, 123.

<sup>1284</sup> No ordenamento jurídico neerlandês, no entanto, já se admitiu que obrigações morais prementes, como a que o Supremo Tribunal, em decisão de 15 de Junho de 1985, reconheceu na pensão paga a uma mãe residente no estrangeiro, fossem consideradas. Katharina Boele-Woelki et al., *European Family Law in Action*. Vol. II, 294. Parece-nos, no entanto, que esta abertura se deve ao facto de a consagração de deveres legais ser mais minimalista do que a generosa opção realizadas pelo legislador português no artigo 2009.º do Código Civil.

<sup>1285</sup> Cf. o que a este propósito escrevemos em Cap. III B.

posições rígidas pode sacrificar-se na garantia de um nível de vida elevado para o filho e na insuficiência de meios para os alimentos do ex-cônjuge, que pode apresentar-se nas vestes de cuidador deste mesmo filho<sup>1286</sup>. Para além disso, há que notar que a lei dá prioridade a “*qualquer* obrigação de alimentos relativamente a um filho” (itálico nosso). Não resulta daqui, portanto, que quisesse privilegiar apenas os alimentos devidos a filho menor ou aqueles que são pagos ao filho maior ao abrigo do artigo 1880.º, mas a formulação tão abrangente comporta, do ponto de vista literal, os alimentos prestados a filho maior ao abrigo da obrigação alimentar geral, relativamente aos quais, a nosso ver, não se justifica tal privilégio, como teremos ocasião de desenvolver<sup>1287</sup>.

Outras obrigações dignas de nota e de importância social não desprezível são aquelas criadas pelo novo casamento do devedor de alimentos. Na verdade, a realidade das chamadas “novas famílias” e das “recomposições familiares” tem conhecido crescimento<sup>1288</sup> e implica a reorganização dos recursos dos cônjuges para fazer face à nova vida comum. Esta reorganização foi acolhida pela lei ao prever expressamente, de forma inovadora, em 2008 um “novo casamento” como circunstância que influi sobre as possibilidades de quem presta alimentos (cf. artigo 2016.º-A, n. 1). Ora, a sua influência pode traduzir-se na diminuição dos recursos disponíveis, uma vez que, surgindo uma nova obrigação de assistência relativamente ao cônjuge seguinte, os meios económicos do devedor de alimentos terão de ser repartidos também com este. No entanto, também pode significar um aumento dos recursos disponíveis. Pense-se no caso de o novo cônjuge ser titular de rendimentos suficientes para não exigir um esforço acrescido do devedor para contribuir para o novo agregado familiar e ainda no facto de, com um novo membro no agregado familiar, o devedor de alimentos beneficiar de economias de escala que não lhe eram acessíveis ao viver sozinho – ambas as situações permitem libertar recursos outrora afectados a despesas fixas<sup>1289</sup> 1290. Os recursos do novo cônjuge, todavia, não devem

<sup>1286</sup> O que a lei não toma em conta é que se o filho aparece em primeiro lugar, isto deixa meios insuficientes para os alimentos do cuidador. V. Dieter Schwab, *Zur Reform des Unterhaltsrecht*, 1422. Para Dieter Schwab, há boas razões para garantir o nível de subsistência dos credores antes de dividir um excesso. Schwab, *Zur Reform des Unterhaltsrecht*, 1423 ss.

<sup>1287</sup> Cf. Cap. III B. Daí a solução da interpretação restritiva do preceito que defendemos infra.

<sup>1288</sup> A partir da comparação de dados do Censos de 2001 com o Censos de 2011, pode chegar-se à conclusão de que houve um “crescimento acentuado do número de casais recompostos” ao longo deste período (Tx. Vr. De 126,1%). Também se assistiu ao aumento do peso relativo no total de casais com filhos, tendo passado de 2,7%, em 2001, para 6,6%, em 2011. Segundo ATALAIA, que analisou estes dados, tal crescimento “sugere que a recomposição familiar é um fenómeno em expansão no nosso país, tornando as conjugalidades com filhos anteriores não comuns ao casal cada vez mais frequentes. Susana Atalaia, *As famílias recompostas em Portugal*, 237.

<sup>1289</sup> V. Dieter Martiny, *Unterhaltsrang und -rückgriff*, vol. I, 679 e ss.

ser considerados autonomamente como meios para responder à obrigação de alimentos, já que este não é o obrigado.

Não é nesta última possibilidade, no entanto, que se centra a discussão em torno dos direitos das “primeiras” e das “segundas famílias”. Na verdade, o problema põe-se quando, havendo falta de recursos suficientes, se defende o estabelecimento de prioridade na afectação destes ora à “primeira família” ora à “segunda família”. É certo que este debate se desenvolve em boa parte ao nível dos direitos dos filhos<sup>1291</sup>, no entanto, estende-se também aos direitos de ex-cônjuges e de cônjuges actuais.

O surgimento de um novo agregado dá-se, igualmente, numa situação de união de facto, também este um factor incluído pela Reforma de 2008 no elenco do artigo 2016.º-A. No entanto, aqui não valem exactamente as mesmas considerações que tecemos a propósito do casamento. Na verdade, a união de facto não sustenta o surgimento de deveres pessoais entre os membros desta relação e, portanto, não existe uma obrigação de o ex-cônjuge obrigado a alimentos sustentar o companheiro<sup>1292</sup>. Assim, face a uma qualquer pretensão do membro da união de facto que prive o ex-cônjuge necessitado de alimentos, aquela terá de ceder no confronto com o direito deste. Tal não pode significar, no entanto, que se limitem as possibilidades do obrigado entrar numa relação de união de facto por esta lhe diminuir os recursos. Na verdade, ao obrigado tem de ser garantido um espaço de conformação da própria vida. A situação de união de facto pode também ter um efeito positivo na libertação de recursos do obrigado. A união de facto implica a “comunhão de leito, mesa e habitação”, a trilogia que corporiza o conceito de “condições análogas às dos cônjuges”. Deste modo, apesar de não existir um dever de assistência, a materialidade da situação de união de facto, exige que se ponham recursos em comum (comunhão de mesa). Deste modo, à semelhança de um novo casamento, o cônjuge devedor poderá beneficiar das economias de escala criadas

---

<sup>1290</sup> Por entender ser de contar com este novo resultado, o Supremo Tribunal neerlandês considerou já uma “opção injustificada” o facto de, no âmbito do novo casamento do devedor, os cônjuges terem optado pelo abandono do mercado de trabalho por parte do novo cônjuge, resultando, portanto, numa diminuição da capacidade prestadora daquele, devendo tal ser tido em conta pelo tribunal. Katharina Boele-Woelki et al., *European Family Law in Action*, Vol. II, 322.

<sup>1291</sup> Veja-se a discussão motivada pelo *Child Support Act 1991* no Reino Unido, de que Mavis Maclean dá nota. Este diploma teve como propósito garantir o pagamento das obrigações de alimentos por parte dos progenitores, de modo a não sobrecarregar o Estado. No entanto, segundo a Autora desconsiderou as necessidades de novas famílias entretanto formadas. Do estudo de Maclean e Eekelaar sobre sensibilidade social às prioridades estabelecidas pelo *Child Support Act*, resulta a existência de uma divisão entre mulheres (que insistem na prioridade da primeira família) e homens (que dão prioridade da segunda família). Mavis Maclean, *What Can a Socio Legal Approach*, 40 e 41.

<sup>1292</sup> Guilherme de Oliveira, A nova lei, 31. Sobre a ausência desta obrigação, veja-se N. Salter Cid, *A comunhão de vida*, 575.

pelo novo agregado. É neste sentido, pensamos, que deve ser vista a referência do artigo 2016.º-A, n.º 1, à nova união de facto, como circunstância que influencia os recursos do devedor<sup>1293</sup>.

---

<sup>1293</sup> Quanto à existência de outras obrigações de alimentos, ver considerações tecidas em Cap. III B.



PARTE C  
Natureza  
e fundamento



## 1. O crédito compensatório

### 1.1. O CRÉDITO COMPENSATÓRIO ENTRE AS FIGURAS CONGÉNERES

O crédito compensatório do artigo 1676.º, n.º 2, do Código Civil é um mecanismo simultaneamente *próximo* das e *estranho* às figuras compensatórias que podem ser encontradas nos ordenamentos jurídicos de que tratámos e que assumem maior relevância para a nossa investigação.

Na verdade, o nosso crédito compensatório insere-se numa família de mecanismos jurídicos que, através da realização de transferências financeiras, têm como fim responder às iniquidades económicas com que os cônjuges são confrontados na sequência do divórcio<sup>1294</sup> e que assumem um carácter *praeter* alimentar. São instrumentos que prosseguem finalidades que podemos classificar de forma lata como *compensatórias*, mas que se precipitam, na verdade, em âmbitos diversos, apresentam pressupostos distintos e visam propósitos específicos nem sempre inteiramente coincidentes. Não encontramos uma perfeita identificação do crédito compensatório com nenhuma destas figuras, mas várias afinidades, o que justifica que as convoquemos para iluminar a sua compreensão, sem que possamos, todavia, aderir na totalidade ao entendimento de que estas são alvo ou às soluções que estas propugnam. Relembremos, então – porque já perpassou em vários momentos deste estudo e ainda terá oportunidade de ser objecto de mais desenvolvimentos –, de forma muito breve e em traços muito largos, aquilo que distingue a figura do artigo 1676.º, n.º 2, das suas congéneres.

O crédito compensatório não se identifica com a *prestação compensatória* do modelo franco-espanhol. Esta tem como finalidade compensar o desequilíbrio económico causado pela ruptura do casamento, enquanto o mecanismo português visa responder aos “prejuízos patrimoniais importantes” resultantes de uma determinada condução da relação matrimonial do ponto de vista contributivo. Também não é reconduzível às *compensações pelo trabalho doméstico* do espaço espanhol, uma vez que, não obstante a matriz de responsabilidade civil que lhes tem vindo a ser reconhecida, têm um âmbito mais limitado do que as contribuições para os encargos da vida familiar que encontramos no direito português – só contemplam os *apports* do foro doméstico – e têm o seu funcionamento confinado aos

---

<sup>1294</sup> Nathalie Dandoy et al., *Les justifications de la prestation compensatoire*, s/p.



casamentos regidos pelo regime da separação de bens<sup>1295</sup>. Nem se colam à figura do artigo 165.º do ZGB, que ignora a mais relevante faceta da contribuição (e a que assumirá maior importância no contexto português) da gestão doméstica, centrando-se na compensação de outro tipo de contributos (pecuniários, patrimoniais e em prestação de trabalho na actividade profissional, industrial ou comercial do outro cônjuge). Os *compensatory payments*, fruto da elaboração doutrinal do ALI, visam responder *também* à perda de capacidade de ganho ocorrida durante o casamento que perdure após a dissolução e são uma importante referência para compreender esta dimensão do crédito compensatório, mas, por um lado, não esgotam o seu escopo, porque a figura portuguesa responde também a outro tipo de “prejuízos”, e, por outro, extravasam-no, porque também prevêm a resposta a situações não contempladas no nosso contexto<sup>1296</sup>. Por fim, a nossa “compensação” mais longe estará ainda de figuras que, apesar de prosseguirem propósitos compensatórios, apresentam maior afinidade com esquemas de partilha, como o sistema da *ancillary relief* do MCA de 1973, ou com esquemas de compensação pensionística<sup>1297</sup>.

A sua inserção em termos sistemáticos também não encontra paralelo perfeito. Na verdade, não aparece como substituto (ou, porventura, nova espécie no percurso evolutivo dos alimentos pós-divórcio) como é próprio do modelo franco-espanhol<sup>1298</sup> ou como o ALI almejava para os seus *compensatory payments*. Não coexiste com outras figuras de compensação *tout court*, como acontece com a compensação por trabalho doméstico e a *compensación* no espaço espanhol. Não se insere num sistema de três pilares, como o alemão, assente no regime de bens do *Zugewinnausgleich*, na participação na pensão de reforma (*Versorgungsausgleich*) e na consagração de alimentos pós-conjugais (*nachehelicher Unterhalt*)<sup>1299</sup>. Coexiste, sim, com os alimentos pós-divórcio, nos termos que trataremos.

<sup>1295</sup> Com excepção da figura valenciana (cf. arts. 13 e 14 da Ley 10/2007, de 20 de marzo, de Régimen Económico Matrimonial Valenciano)

<sup>1296</sup> Cf. secção 5.04 (compensação por perda de nível de vida conjugal); secção 5.14 (restauro do nível de vida pré-matrimonial após casamento de curta duração).

<sup>1297</sup> Teremos oportunidade de nos referirmos a eles mais tarde em Cap. II B e Cap. IV B.

<sup>1298</sup> No ordenamento jurídico espanhol não se prevêm os alimentos pós-divórcio, todavia, em caso de separação podem arbitrar-se alimentos e coexistirem com uma *compensación*, que “não é incompatível nem substitutiva do direito a alimentos”, não obstante diminua consideravelmente a consideração do desequilíbrio. Luís Díez-Picazo,; Antonio Gullón, *Sistema de Derecho Civil*, vol. IV, 125.

<sup>1299</sup> Nina Dethloff, *Unterhalt, Zugewinn, Versorgungsausgleich*, 29.

Apesar destas diferenças, o crédito compensatório português consegue comungar de lógicas e parcelas destes mecanismos e enraíza-se com eles num solo comum. Faz parte de um movimento algo fragmentário, mas claramente detectável em vários ordenamentos jurídicos<sup>1300</sup>, de refundar as transferências financeiras entre ex- -cônjuges que visam iniquidades económicas experienciadas na sequência do divórcio, abandonando lógicas alimentares de feição solidarística, a favor de uma abrangente (concreta e relacionalmente fundada) *responsabilidade*.

### 1.2. A RESPONSABILIDADE – MECANISMO E FUNDAMENTO DO CRÉDITO COMPENSATÓRIO

Já nos referimos ao papel central da responsabilidade no âmbito do crédito compensatório. De facto, para compreendermos a figura, sustentámos já que teríamos de a ler à luz da lógica da responsabilidade civil. Foi assim a matriz da responsabilidade – entendida, é certo, tendo em conta a especificidade do Direito da Família que desaconselha transposições imediatas das figuras do Direito comum<sup>1301</sup> – que entendemos ser a que estrutura o crédito compensatório enquanto mecanismo jurídico. Encontramos, portanto, aqui a responsabilidade como a clássica obrigação de responder pelos prejuízos causados a outrem.

A responsabilidade, todavia, assume diversos significados<sup>1302</sup>. E se aquele primeiro significado (técnico) se encontra incontornavelmente sedimentado no nosso espaço jurídico, não podemos também renunciar a um entendimento mais amplo, de pendor principialista, da responsabilidade<sup>1303</sup>, que é indispensável convocar como enquadramento do divórcio e das suas consequências.

<sup>1300</sup> OLIVEIRA notava, antes da Reforma de 2008, a falta de evolução do direito dos alimentos, nomeadamente que não estava consagrada a “prestação compensatória” ou “prestação de desequilíbrio” que vigora em muitos países. Guilherme de Oliveira, *Um Direito de família europeu?*, 328.

<sup>1301</sup> Neste sentido, veja-se a posição de LOBO XAVIER, que sublinha a “especificidade da situação conjugal” e a necessidade de “acomodação” do regime do Direito Comum, quando este é convocado, à situação dos cônjuges. Fá-lo a propósito da determinação da titularidade de casa, construída em terreno bem próprio da mulher, pelos cônjuges casados em regime de comunhão de adquiridos. Rita Lobo Xavier, *Das relações entre o Direito comum*, 496, 497 e 500.

<sup>1302</sup> Há, no entanto, vários conceitos de responsabilidade. Segundo Klement, encontramos a responsabilidade como conceito heurístico, como conceito jurídico em sentido estrito e como conceito jurídico simbólico. Jan Henrik Klement, *Verantwortung*, 31.

<sup>1303</sup> A separação destes significados beneficia da distinção terminológica que é possível fazer noutras línguas, mas que não pensamos encontrar entre nós. Na verdade, a responsabilidade civil corresponderá à *liability* da língua inglesa ou à *Haftung* alemã. A responsabilidade que aqui pretendemos convocar identificar-se-á com os termos *responsibility* ou *Verantwortung* respectivamente.

Na verdade, o novo regime do divórcio vem reclamar para si a bandeira da liberdade – que se traduz numa liberdade de cada cônjuge escolher o seu modo de vida e de não permanecer casado contra a sua vontade<sup>1304</sup>. Ora, a outra face da liberdade é a responsabilidade<sup>1305</sup>, que deve desempenhar aqui (e socorremo-nos das palavras de BRONZE) um “ineliminável *constituens* do direito/justiça”<sup>1306</sup>. Tal significará, concretizando, que num regime facilitador para os cônjuges da saída da relação matrimonial, estes terão de responder pelas iniquidades criadas pela relação entre si<sup>1307,1308</sup>.

A concepção de responsabilidade que aqui se precipita implica o reconhecimento da dependência e da vulnerabilidade no âmbito da realidade familiar (conjugal e pós-conjugal)<sup>1309</sup>, da posição do cuidador e da sua necessária influência na “reorganização da relação entre autonomia e igualdade”<sup>1310</sup>. Na realidade, o facto de a família assumir o encargo da dependência cria para quem é onerado com o cuidado<sup>1311</sup> aquilo que FINEMAN denomina de *derivative dependency*<sup>1312</sup>. E a assunção da gestão familiar e do cuidado em particular – geralmente relacionado com as expectativas associadas ao género feminino<sup>1313</sup> – é o grande gerador de desigualdades<sup>1314</sup>. Além da discriminação social que restringe as

<sup>1304</sup> Exposição de Motivos do Projecto de Lei n. 509/X, 1 e 6.

<sup>1305</sup> Jan Henrik Klement, *Verantwortung*, 32 e Fernando José Bronze, *A Responsabilidade, hoje*, 189, n. 20.

<sup>1306</sup> Fernando José Bronze, *A Responsabilidade, hoje*, 205.

<sup>1307</sup> Cf. António Castanheira Neves, Pessoa, Direito e Responsabilidade, 22 e a sua leitura da convocação, no quadro da “complexidade actual”, de um “sistema de sentido objectivo-social”, particularmente focado na situação social dos intervenientes, que encontra a sua justificação nos benefícios e o seu critério nos efeitos.

<sup>1308</sup> De entre os três níveis diferenciáveis de responsabilidade, identificados por Castanheira Neves, estaremos aqui perante o segundo nível – a responsabilidade perante o outro, constituída pela relação ética de pessoa a pessoa, que toma por referência o pensamento de Levinas. António Castanheira Neves, Pessoa, Direito e Responsabilidade, 37 e 38.

<sup>1309</sup> Entre nós, João Carlos Loureiro trabalha com uma visão mais ampla da vulnerabilidade, que crisma de “necessidade acrescida de protecção” e que inclui pessoas e grupos, mas também, bens jurídicos, v. João Carlos Loureiro, Cidadania, Protecção Social e Pobreza Humana, 76.

<sup>1310</sup> Martha Albertson Fineman, *Responsibility, Family and the Limits of Equality*, 46.

<sup>1311</sup> Sobre os fundamentos ontoantropológicos do cuidado e o contexto da relação, v. João Carlos Loureiro, *Saúde no fim da vida*, 40 e 41.

<sup>1312</sup> Martha Albertson Fineman, *Cracking the Foundational Myths*, 20.

<sup>1313</sup> Na sua obra pioneira no campo da ética do cuidado – uma linha de pensamento que surge como contraponto da “ética da justiça”, Carol Gilligan vem defender o cuidado como característica das mulheres, que pautam as suas decisões éticas pelo impacto na sua capacidade de cuidar dos outros. Carol Gilligan, *In a Different Voice, passim*, nomeadamente 100.

<sup>1314</sup> Relativamente à resposta a esta desigualdade, é claramente desadequada qualquer solução assente em regras de igualdade formal e não é totalmente rigorosa uma análise a partir da identificação do grupo objecto de discriminação, nomeadamente assente no género. FINEMAN defende uma *post-identity inquiry*. Na verdade, para a Autora, a vulnerabilidade é uma categoria “universal e constante, inerente à condição humana”. Martha Albertson Fineman, *The Vulnerable Subject*, 1. A criação de “direito igual” implica a “igualdade material através da lei” (J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, 427 e 428), que não pressuponha uma abstracta autonomia, mas que tenha em conta as assimetrias geradas no seio das relações familiares e da relação matrimonial em particular.

oportunidades das mulheres, independentemente do casamento, o casamento comprime o rendimento dos cuidadores, por regra as mulheres, porque é mais provável que renunciem à sua carreira para cuidar dos filhos ou da família e, por outro lado, aumenta o rendimento dos maridos (através de contribuições directas, como investimento económico, ou porque o casamento os liberta para trabalhar *full-time* enquanto são parte de uma família)<sup>1315</sup>. Assim, a análise da (des)igualdade não se deve centrar apenas em quem é prejudicado e como, mas também se deve dirigir a quem beneficia e de que forma do funcionamento e estrutura das instituições<sup>1316</sup>, nomeadamente da família e do casamento. Daí a importância de criar soluções que reconheçam e integrem, proporcionando os equilíbrios possíveis, a vulnerabilidade e os privilégios<sup>1317,1318</sup>. Na verdade, este não pode hoje ser considerado *espaço livre de direito*, um domínio em que o direito nunca intervirá por se encontrar no domínio da “convivência amorosa e familiar”<sup>1319</sup>, uma impossibilidade ditada pela consciência de que a tendência para privatizar a dependência assenta no mito da *auto-suficiência da família*<sup>1320</sup>, que, na verdade, não pesa sobre todo o grupo de forma paritária, mas sim sobre o cuidador. Todavia, a opção por determinados mecanismos que aplaquem as consequências para a posição do cuidador são passíveis de enfrentar críticas de que estes mecanismos constituem um incentivo à especialização e, portanto, um elemento perpetuador dos padrões de discriminação existentes<sup>1321</sup>.

---

<sup>1315</sup> Estas são as fontes de disparidade entre cônjuges e cônjuges divorciados apontadas por CARBONE. June Carbone, *Income Sharing*, 374 e ss. WILLIAMS considera que o “sistema contemporâneo de género”, apesar de caracterizado por uma ideologia de igualdade, alia esta característica a altas taxas de divórcio e, portanto, instabilidade conjugal e a padrões de género altamente diferenciados dentro do casamento, que permitem ao marido tornar-se no “trabalhador ideal” e criam uma subordinação das carreiras femininas. Joan C. Williams, *Married Women And Property*, 390 e ss., especialmente 392.

<sup>1316</sup> Martha Albertson Fineman, *Responsibility, Family and the Limits of Equality*, 47.

<sup>1317</sup> Socorremos-nos aqui novamente da linguagem de FINEMAN. *Idem*.

<sup>1318</sup> Okin parte da análise da *Teoria da Justiça* de Rawls – que, aliás, critica por negligenciar as diferenças de género – e do seu conceito de posição original, para defender que a divisão das responsabilidades familiares com base no género cria desigualdades sistemáticas que ninguém na posição original, ou seja, na ignorância de qual seria o seu género, escolheria. Okin Susan Moller Okin, *Justice, Gender and the Family*, 89 ss. Cf. John Rawls, *A Theory of Justice*, especialmente 15 ss. e 102 ss.

<sup>1319</sup> A propósito da impossibilidade de determinar “domínios em que o direito não entrará”, ainda que através de uma definição negativa, pela determinação do “critério delimitativo da juridicidade”, v. A. Castanheira Neves, *Metodologia*, 231 ss., em especial, 233-234.

<sup>1320</sup> Martha Albertson Fineman, *Cracking the Foundational Myths*, 13 e 14, e Alison Diduck, *Family Law and Family Responsibility*, 257.

<sup>1321</sup> Apontando para o problema de os incentivos que encorajam a especialização perpetuarem práticas discriminatórias no mundo do trabalho, ver Joan C. Williams, *Deconstructing Gender*, 834, que se refere a um “ajustamento do sistema de género às novas condições de modo a assegurar que as mulheres continuem a ser relegadas para as margens da vida económica” e Frances E. Olsen, *The family and the market*, 1567-78, que defende que se transcenda a dicotomia família/mercado, ao invés de se perpetuar este esquema.

Como se concretiza este conceito de responsabilidade no âmbito do Direito da Família? EKEELAAR dedica-se a experimentar as categorias de CANE de responsabilidade histórica e de responsabilidade prospectiva no âmbito jusfamiliarista<sup>1322</sup>, num exercício que pode também ser replicado no âmbito do nosso estudo e, em particular, no que diz respeito ao crédito compensatório. Para CANE, do ponto de vista temporal, a responsabilidade olha para dois lados: para trás, para condutas e eventos do passado (responsabilidade histórica); para a frente, tendendo ao estabelecimento de papéis, tarefas, direitos e obrigações (responsabilidade prospectiva)<sup>1323</sup>. Assim, o crédito compensatório convoca uma ideia de responsabilidade histórica, uma vez que se trata de avaliar uma situação passada, vivida durante a relação matrimonial, e responder as consequências por ela geradas. Apesar do esquema clássico, todavia, é uma solução de feição pós-moderna, já que se demarca de considerações abstractas relativamente a papéis e funções (de cariz liberal) e faz assentar o seu resultado final na concreta configuração da relação dos cônjuges.

Ora, o facto de assentar num mecanismo de responsabilidade faz com que pensemos o crédito compensatório ao serviço de uma ideia de justiça correctiva. Na verdade, das duas formas de justiça buriladas pelo pensamento aristotélico, a justiça correctiva e a justiça distributiva<sup>1324</sup>, reconduzimos os esquemas de responsabilidade mais facilmente à primeira. A justiça correctiva preocupa-se em determinar quem cometeu uma injustiça e quem sofreu com esta na sua relação e almeja a “manutenção da igualdade suposta”<sup>1325</sup>. PAULO MOTA PINTO, todavia, nota a insuficiência da justiça correctiva como “princípio fundante” da responsabilidade e remete para considerações de natureza distributiva, quando está em causa a resposta para colocar determinados riscos, por exemplo, a cargo dos beneficiários de certas actividades<sup>1326</sup>. Para PAULO MOTA PINTO, aqui, a justiça correctiva não releva ao nível da fundamentação da responsabilidade, mas sim para a definição da consequência jurídica<sup>1327</sup>. Ora, estas considerações importam quando se trata de

---

<sup>1322</sup> John Eekelaar, *Family Law and Personal Life*, 103 ss.

<sup>1323</sup> Peter Cane, *Responsibility in Law and Morality*, 31.

<sup>1324</sup> Cf. Aristóteles, *Ética a Nicómaco*, 112.

<sup>1325</sup> Para Paulo Mota Pinto, *Interesse Contratual Negativo*, vol. I, 830, isto implica a atribuição a cada um daquilo que é juridicamente seu, ou seja, o *suum cuique tribuere*. Para o Autor, o “Direito corrige esta injustiça quando reestabelece a igualdade inicial, ao privar uma das partes do ganho e restaurar a situação da outra parte”. Já Fernando José Bronze, ao tratar da “corresponsabilidade”, que, nas suas palavras, concorre “negativamente para limitar a acção de cada um”, considera que está em causa a imposição de um *honeste vivere* Fernando José Bronze, *Lições*, 487.

<sup>1326</sup> Paulo Mota Pinto, *Interesse Contratual Negativo*, vol. I, 838 e ss.

<sup>1327</sup> *Idem*.

perceber a figura do crédito compensatório, uma vez que o reconduzimos a uma matriz de responsabilidade e determinámos que, em particular, estaria em causa responder pelo *risco*. Portanto, seguindo aquela linha de pensamento, teríamos exigências de justiça distributiva a fundarem a sua determinação e de justiça correctiva a influenciarem o concreto alcance desta medida.

## 2. Obrigação de alimentos

### 2.1. TIPOLOGIA DE MODELOS ALIMENTARES

O percurso que já realizámos permite-nos esboçar uma tipologia de modelos alimentares que, de alguma forma, conheceram já expressão entre nós e que, numa versão pura ou híbrida, conseguem encapsular os regimes de alimentos pós-divórcio que encontramos em ordenamentos jurídicos da órbita do português<sup>1328</sup>.

Podemos individualizar, assim, i) um modelo puramente alimentar, em que encontramos os “alimentos meramente alimentares”<sup>1329</sup>, assentes unicamente na necessidade do credor; ii) um modelo alimentar com notas indemnizatórias, que convoca como pressuposto subordinado a declaração de culpa no âmbito do divórcio; e iii) um modelo alimentar com dimensões compensatórias, que mobiliza a consideração de desvantagens causadas pela assunção de responsabilidades conjuntas por parte do credor de alimentos<sup>1330</sup>.

### 2.2. A CONSTRUÇÃO ACTUAL E O ABANDONO DO MODELO ALIMENTAR COM NOTAS INDEMNIZATÓRIAS

<sup>1328</sup> No espaço europeu, Dieter Martiny identifica quatro justificações para alimentos pós-divórcio: alimentos durante um período de transição; sanção; solidariedade; compensação por prejuízos sofridos durante o casamento. Dieter Martiny, *Divorce and Maintenance*, 545 e 546. Encontramos, no contexto norte-americano, por exemplo, a organização dos diferentes fundamentos passíveis de alicerçar o pagamento de *alimony* levada a cabo por STARNES na tripartição teoria da contribuição, teoria do ganho e teoria da perda. Cynthia Lee Starnes, *The Marriage Buyout*, 138 a 147.

<sup>1329</sup> A expressão é de Maria de Nazareth Lobato de Guimarães, *Alimentos*, 210 e 211, nota 19.

<sup>1330</sup> Uma categorização próxima, embora não inteiramente coincidente, pode encontrar-se na construção de DANDROY, FAVIER e GRANET. Coincide na identificação do primeiro modelo – denominado “*tendance alimentaire*” –, aproxima-se da identificação do terceiro – que aqui, todavia, aparece no segundo posto e com a denominação “*tendance indemnitaire*” –, mas não autonomiza aquele que considerámos ser o “modelo alimentar com notas indemnizatórias” e surge-nos antes com um terceiro modelo, a que chama “*tendance compensatoire*”. Este, todavia, já não é um modelo alimentar, mas aquele que corresponde às prestações compensatórias do modelo franco-espanhol. Tal acontece, porque a tipologia de DANDROY, FAVIER e GRANET tem como fito abranger sob a nomenclatura “*prestation compensatoire*” tanto as figuras mais clássicas de cariz alimentar como as de autónoma feição compensatória. Nathalie Dandroy et al., *Les justifications de la prestation compensatoire*, gentilmente cedido pelos autores, s/p.

O segundo modelo – alimentar com notas indemnizatórias –, tendo conhecido uma controversa expressão<sup>1331</sup> entre nós, é aquele que podemos considerar hoje definitivamente afastado da configuração actual do regime dos alimentos pós-divórcio.

Foi, todavia, um modelo marcante no contexto internacional. Na verdade, representou um importante papel no contexto de um *direito da família punitivo*<sup>1332</sup>, que fazia da declaração de culpa no divórcio e das consequências que lhe associava instrumentos de *protecção institucional do casamento*. No contexto anglo-saxónico, esteve associado à *doctrine of matrimonial offence*, no âmbito da qual o divórcio era encarado como castigo por uma ofensa contra o outro cônjuge, no âmbito da responsabilidade baseada na culpa<sup>1333</sup>. Na nossa órbita jurídica, esta era a tese mais corrente em França, antes de 1975, para caracterizar a *pension alimentaire* pós-divórcio, que só era concedida em caso de total ausência de culpa do alimentado<sup>1334</sup>. O instituto dos alimentos era, neste contexto, entendido, *grosso modo*, como o instrumento através do qual o cônjuge culpado responderia pelos danos causados pela dissolução do casamento<sup>1335</sup>. Daí o seu cariz indemnizatório.

Hoje, todavia, com menor ou maior expressão em cada ordenamento jurídico, assiste-se a um recuo do direito da família punitivo<sup>1336</sup>, uma tendência que, como vimos, foi acompanhada pelo nosso direito e que recebeu a sua final consagração na Reforma do Divórcio de 2008. Foi neste contexto, aliás, que – ao eliminar-se a declaração de culpa no divórcio – se pôs de parte definitivamente a discussão em torno da natureza indemnizatória do direito a alimentos<sup>1337</sup>.

À opção do legislador português não é estranha a tendência apelidada por SCHNEIDER de “diminuição do discurso moral da lei quanto às relações entre membros da família”, que transferiu os julgamentos morais da lei para os sujeitos

---

<sup>1331</sup> Cf. supra as posições da doutrina portuguesa a este respeito.

<sup>1332</sup> John Eekelaar, *Family Law and Personal Life*, 109.

<sup>1333</sup> John Eekelaar, *Family Law and Personal Life*, 105.

<sup>1334</sup> Jean Carbonnier, *Droit Civil. La famille*, 608 e Philippe Malaurie, Hughes Fulchiron, *La Famille*, 322.

<sup>1335</sup> Será a esta interpretação que LOBATO DE GUIMARÃES se refere com a motivação concreta em que funda os alimentos da “tentativa de reparação de danos da ruptura” – Maria de Nazareth Lobato de Guimarães, *Alimentos*, 210 –, e que estes se traduziriam numa “compensação-indemnização pela perda de benefícios da comunidade” que ficassem sem cobertura. Maria de Nazareth Lobato de Guimarães, *Alimentos*, p. 197.

<sup>1336</sup> John Eekelaar, *Family Law and Personal Life*, 109.

<sup>1337</sup> Também Maria João Vaz Tomé recusa a natureza indemnizatória no actual regime dos alimentos entre ex-cônjuges. Maria João Romão Carreiro, *Considerações sobre alguns efeitos patrimoniais*, 164.

que esta outrora regulava<sup>1338</sup>. Para SCHNEIDER, é problemática a eliminação da declaração de culpa no divórcio, no que em particular diz respeito aos alimentos pós-conjugais, por não ser possível construir um sistema de “alimentos” em termos moralmente neutros<sup>1339</sup>. Não é essa, todavia, a conclusão a que DIEDERICHSEN chega<sup>1340</sup>: nota que não se estabelece uma relação causa/efeito entre o divórcio sem culpa e a recusa do direito a alimentos. Apoia-se, desde logo, no direito positivo, e em particular no § 1569 do BGB, ao abrigo do qual também se negam alimentos ao que não teve culpa no divórcio nem tomou a iniciativa relativamente a este<sup>1341</sup>.

Para além disso, a opção do legislador de eliminar a culpa do direito do divórcio não implica um esvaziamento do conteúdo ético-valorativo do instituto alimentar<sup>1342</sup>. Temos, portanto, de dialogar com os dois outros modelos apontados, no sentido de perceber a sua expressão e os princípios que os fundam no actual regime.

O guião desta conversa não é, todavia, inequívoco. Na verdade, não será de estranhar encontrarmo-nos diante de um quadro de hesitação no entendimento de um instituto que, com o fim do divórcio com base em causas subjectivas, perdeu a trave-mestra da declaração de culpa e se insere agora num quadro de divórcio-constatação da ruptura do casamento. Concluímos já que o regime – ancorado agora no binómio necessidades do alimentando/possibilidades do alimentante – não virou as costas à vertente natural do direito a alimentos, o socorro a quem se encontra numa situação de carência a que não consegue fazer face pelos seus próprios meios<sup>1343</sup>. Os alimentos meramente assistenciais são incontestavelmente aceites no ordenamento jurídico português, ultrapassadas que estão considerações de merecimento ou desmerecimento traduzidas na declaração de culpa no divórcio, e

<sup>1338</sup> Carl E. Schneider, *Moral Discourse and the Transformation*, 1807-8.

<sup>1339</sup> Esta possibilidade é contrariada por Carl Schneider. C. E. Schneider, *Rethinking Alimony*, especialmente 343.

<sup>1340</sup> Para analisar os princípios ético-jurídicos do direito dos alimentos, Diederichsen parte da compreensão de Larenz destes princípios enquanto critérios orientadores de padronização jurídica, que, em virtude do seu próprio poder de persuasão “justificam” as decisões judiciais (Uwe Diederichsen, *Zum Denken in Rechtsbegriffen*, 19). No entanto, não procede aqui à transposição dos princípios de “Direito justo” enunciados por Larenz, como já fizera para o Direito da Família em geral (Uwe Diederichsen, “Richtiges” Familienrecht). Na verdade, Larenz configurou o princípio da culpa como um princípio fundamental da ética jurídica, um *leitender Rechtsgedanke*, guia da construção das normas correctas, mas Diederichsen acaba por desvalorizar a sua relevância nesta sede. Note-se, todavia, que Larenz desenvolve o princípio da culpa num campo diverso, a propósito da responsabilidade penal e civil. Karl Larenz, *Richtiges Recht - Grundzüge einer Rechtsethik*. München, Beck, 1979, 88-111.

<sup>1341</sup> Uwe Diederichsen, *Zum Denken in Rechtsbegriffen*, 24 e 25.

<sup>1342</sup> Note-se, aliás, a insistência neste sentido no âmbito da causa de cessação do artigo 2019.º - comportamento moral que torne o alimentado indigno do benefício.

<sup>1343</sup> Guilherme de Oliveira, *A Nova Lei do Divórcio*, 30.



são a base do seu regime. O modelo puramente alimentar constitui indubitavelmente um elemento da nossa construção dos alimentos pós-divórcio e, como tal, será objecto da nossa atenção.

Já quanto ao modelo alimentar com dimensões compensatórias, não houve uma clara opção do legislador neste sentido. Esta indefinição não é, aliás, inédita no âmbito de reformas dos regimes dos alimentos. No âmbito da preparação da reforma alemã de 2007 (*Unterhaltsänderungsgesetz*), também já se temia o facto de se falhar em determinar se os alimentos seriam devidos a título de solidariedade pós-divórcio ou a título de compensação por desvantagens relacionadas com o casamento<sup>1344</sup>. É certo que a individualização que a lei alemã operou dos factores-base dos alimentos permite um distanciamento mais sólido de um conceito puro de “necessidade” e da sua associação ao fundamento solidarístico e à natureza meramente alimentar do instituto<sup>1345</sup>. Isto não aconteceu no contexto português, no qual, como vimos, os factores do artigo 2016.º-A, n.º 1, aparecem em bloco, indiferenciados, apesar dos significados bem diversos que apresentam, numa “enumeração exemplificativa” que já levou a doutrina portuguesa a entendê-la como testemunha da ausência de consenso relativamente ao fundamento da obrigação de alimentos<sup>1346</sup>. Pensamos, todavia, ter demonstrado a presença de elementos que podem apontar para uma função compensatória subordinada, daí que também aquele último modelo deva ser por nós considerado e os seus fundamentos escrutinados.

Percebemos, assim, que no regime de alimentos pós-divórcio continuam a coexistir dois entendimentos de família conjugal. Deste modo, não obstante se ter sublinhado uma vocação de consolidação do modelo de família *modernizada, individualizada, democrática*, não se abandonou totalmente uma concepção *tradicional* do vínculo conjugal, que justifica a perpetuação de deveres para além do seu ocaso<sup>1347</sup>. É deste equilíbrio que trataremos na análise dos dois modelos que moldam este regime e dos seus fundamentos.

---

<sup>1344</sup> Wersig Berghan, *Wer zahlt den Preis*, 509.

<sup>1345</sup> Marcel Kremer continua aqui a utilizar o conceito de solidariedade, mas distingue-o da solidariedade puramente formal e avança com a “solidariedade praticada entre os cônjuges durante o casamento”, da qual extrai consequências. Marcel Kremer, *Das Prinzip der Familiären Solidarität*, 63.

<sup>1346</sup> Maria João Romão Carreiro Vaz Tomé, *Considerações sobre alguns efeitos patrimoniais*, 152.

<sup>1347</sup> Apoiamo-nos na categorização levada a cabo por DIDUCK, que também caracteriza estes modelos como “*the family we live by*” e “*the family we live in*”. Alison Diduck, *Family Law and Family Responsibility*, 252.

### 2.3. ALIMENTOS PÓS-DIVÓRCIO: PÓS-EFEITOS DA RELAÇÃO MATRIMONIAL?

A consagração de uma obrigação de alimentos assente na mera verificação de uma situação de necessidade (já filtrada pelo princípio da auto-suficiência, é certo) é a pedra de toque do regime alimentar pós-divórcio. Como se pode justificar, então, a persistência de uma obrigação de alimentos ancorada simplesmente nos pressupostos da obrigação alimentar geral, mas que prescinde de um vínculo familiar subjacente<sup>1348</sup>, uma vez que a relação conjugal se encontra dissolvida?

A concepção dos alimentos pós-divórcio puramente alimentares vem encontrar a sua base na ideia da existência de *pós-efeitos da relação matrimonial*. PEREIRA COELHO, ao discutir e vincar a natureza alimentar da obrigação consagrada na lei portuguesa, configurava-a como o prolongamento do dever conjugal de assistência e fundado na “relação pessoal” que liga os ex-cônjuges<sup>1349</sup>. Tratar-se-á assim de uma *projecção institucional do casamento*, de um direito que deriva de um *status* passado – ter sido cônjuge do obrigado<sup>1350</sup>.

Mas, será que podemos continuar a fazer assentar um direito no tratamento do casamento como “instituição”, quando se reclama, precisamente, a transição do *status* para o contrato<sup>1351</sup>?

A configuração do casamento como contrato é indubitável e dela já tratámos<sup>1352</sup>. Aceitá-lo, todavia, não significa reconhecer que o contrato apagou a dimensão institucional do casamento<sup>1353</sup>. O contrato é, desde logo, a forma de verter

<sup>1348</sup> VAZ SERRA justifica a obrigação alimentar geral pelo facto de existir uma situação de necessidade e o vínculo conjugal ou familiar que justifica a obrigação familiar se manter. Não é, todavia, o que acontece nos alimentos pós-divórcio, nos quais falta este segundo pressuposto. Adriano P. S. Vaz Serra, *Obrigação de alimentos*, 112.

<sup>1349</sup> Pereira Coelho, Curso, 1960, 853, Pereira Coelho, Curso, 1965, 534, Pereira Coelho, Curso, 1970, p. 357 e 358.

<sup>1350</sup> Neste sentido, na jurisprudência, ver o Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 26 de Junho de 1983 (relator: Manuel Pereira da Silva), 33, nos termos do qual “o direito a alimentos e a obrigação de os prestar derivam do casamento, e é em homenagem a ele que são mantidos para além do desaparecimento do vínculo conjugal”.

<sup>1351</sup> A este propósito, ver Bix, Brian H., *The ALI Principles and Agreements*, especialmente 391, sobre o papel dos *premarital agreements*, *marital agreements* e *separation agreements*.

<sup>1352</sup> Cf. Cap. I, A.

<sup>1353</sup> Da compatibilidade entre contrato e instituição, trata GALVÃO TELLES em Inocência Galvão Telles, *Aspectos Comuns aos vários contratos*, 263 e ss.

a vontade dos cônjuges, é o instrumento que integra a dimensão institucional<sup>1354</sup>. Assim, o *status* de casado resulta para cada cônjuge da opção contratualmente activada de se sujeitar ao conteúdo institucional do casamento<sup>1355</sup>. Tal não implica reduzir o contrato a pura forma, ainda mais porque, fruto do movimento de “privatização” das relações familiares, os cônjuges experimentam uma cada vez maior autonomia na conformação do conteúdo do casamento. Todavia, este espaço não é total. O conteúdo do casamento continua a ser objecto de definição legislativa<sup>1356,1357</sup>. Este precipita-se nas opções legislativas, traduzidas as mais das vezes num regime imperativo, que constroem o conteúdo do casamento considerado irrenunciável pelo legislador. Tal conteúdo, em atenção ao “momento material” da “experiência constituinte do direito”, deve ter como referência a “realidade práctico-cultural” de uma determinada comunidade histórico-concreta<sup>1358</sup>, que não tem de se caracterizar por um irrenunciável imobilismo. Na verdade, o casamento, enquanto “instituição prática”, não tem de se fixar num modelo<sup>1359</sup> – pode reconstituir-se e recomprender-se e tal ser expresso pelas próprias opções legislativas<sup>1360,1361</sup>. Daí que não seja a ausência do enquadramento institucional que nos pode fazer negar *ab initio* a base para uma obrigação de alimentos pós-divórcio.

<sup>1354</sup> Inocêncio Galvão Telles, *Manual dos Contratos em Geral*, 55. GALVÃO TELLES põe a questão em termos inversos. Sublinha que o facto de do conteúdo invariável do casamento emergir uma instituição não fere o seu cunho contratual, já que este se baseia no consentimento dos cônjuges que assim “dão nova expressa jurídica aos seus interesses espirituais.”

<sup>1355</sup> Já Cunha Gonçalves reconhecia a singularidade do casamento como “contrato-instituição”. Assim, reconhece que o casamento é uma instituição social, com as suas características que a afastam do tipo normal dos contratos, sujeito a normas de interesse público. Mas considera que é uma “instituição realizada até por duas convenções conjugada: uma, relativa às pessoas; a outra relativa aos respectivos bens”. GONÇALVES, Luiz da Cunha – *Tratado de Direito Civil*, vol. VI, Coimbra, Coimbra Editora, 1932, 63 e 64 e GONÇALVES, Luiz da Cunha – *Direitos de Família e Direitos das Sucessões*, Coleção Jurídica Portuguesa, Lisboa, Edições Ática, 1955, p. 19.

<sup>1356</sup> No direito inglês, Lowe e Douglas apresentam o *status* criado pelo casamento e plasmado na lei, a que os cônjuges aderem, em contraste com a autonomia das partes nas relações comerciais. LOWE, Nigel; DOUGLAS, Gillian – *Bromley’s Family Law*, 10. Ed., Oxford, Oxford University Press, 2007, p. 39 e 40.

<sup>1357</sup> Pode, inclusivamente, enveredar-se por um caminho intermédio entre *status* e contrato, em que os ordenamentos jurídicos oferecem aos nubentes a possibilidade de optar por um modelo em alternativa ao outro. É o que acontece nos Estados norte-americanos em que se prevê o *convenant marriage*. Jonathan Herring, *Family Law: a very short introduction*, Oxford, Oxford University Press, 2014, 8.

<sup>1358</sup> Fernando José Bronze, *Lições*, 656-659.

<sup>1359</sup> Radbruch considerava que as várias concepções de casamento e de família-instituição que estas expressam se deixam classificar quer dentro dos esquemas individualistas, de pendor construtualista, quer supra-individualistas, centradas no *status* matrimonial. Gustav Radbruch, *Filosofia do Direito*, vol. II, 60 ss.

<sup>1360</sup> Na verdade, por exemplo, faz parte do conteúdo institucional do casamento actual o princípio da igualdade dos cônjuges e este só foi enxertado num conceito de casamento já existente com a Reforma de 1977.

<sup>1361</sup> As opções legislativas terão, assim, que ter em conta o carácter institucional do Direito da Família, ou seja, o facto de preexistir uma realidade familiar ao direito, sujeita à sua própria regulação. Sobre o “institucionalismo” do Direito da Família, v. F. M. Pereira Coelho, Guilherme de Oliveira; *Curso*, 145 e 146, Rita Lobo Xavier, *Ensinar Direito da Família*, 57 e ss., 74 e 75. Todavia, como Radbruch já notava, as realidades naturais e sociais do matrimónio são dificilmente captáveis pelo direito e este pode encará-las sob os mais diversos pontos de vista e, em consequência, regulá-las de vários modos. Gustav Radbruch, *Filosofia do Direito*, vol. II, 60 ss. Reconhecendo a dificuldade de traduzir em normas a “tradição cultural” pós-moderna da família, v. Pierpaolo Donati, *Manuale di sociologia*, 159.

Retomando a argumentação de PEREIRA COELHO face à versão original do Código Civil, o nosso Professor explica que é a particular relação que une quem já foi casado que justifica a obrigação de alimentos, uma expressão da *perpetuidade virtual* do casamento e da ideia de que o ex-cônjuge, mantém a qualidade de casado<sup>1362</sup> “numa certa ordem imaterial”<sup>1363</sup>. Há, assim, nesta concepção do fundamento da instituição alimentar, como explica DIEDERICHSEN, um resultado não muito diferente da indissolubilidade canónica, em que o casamento se separa da “sua associação com o seu valor legal e social e com a sua função e produz efeitos quase como instituto jurídico isolado, se necessário, bem fora, antes do tempo e para além do tempo de existência da ligação jurídica”<sup>1364</sup>.

O papel das instituições é, aliás, relevantíssimo quando se trata de integrar a vulnerabilidade, como FINEMAN sublinha, não obstante as instituições serem elas próprias vulneráveis e poderem mesmo exacerbar esta mesma vulnerabilidade<sup>1365</sup>. Ora, no âmbito do casamento, podemos assistir ao aprofundamento de situações de necessidade ligadas à relação conjugal, que deixam de receber a cobertura institucional do casamento porque este se extingue pela via do divórcio, mas que poderão beneficiar da sua *projecção institucional* em figuras como os alimentos pós-divórcio.

Todavia, esta *projecção institucional* do casamento no âmbito alimentar pode hoje causar particular perplexidade quando nos confrontamos com um novo regime do divórcio que fragilizou significativamente a característica da vocação de perpetuidade do casamento, ou seja, num contexto em que o legislador enfraqueceu a referência à relação anterior e aos seus efeitos. E assim, é legítimo pôr hoje em causa que a relação matrimonial só por si possa justificar a obrigação de alimentos entre ex-cônjuges. Não se trata, só por si, de negar a dimensão institucional (ainda que recompreendida) ao casamento. Trata-se de saber se essa dimensão institucional (porque recompreendida) continua a justificar os pós-efeitos alimentares que aí se ancoram.

---

<sup>1362</sup> Pereira Coelho, *Curso*, 1960, 853, Pereira Coelho, *Curso*, 1965, 534, Pereira Coelho, *Curso*, 1970, p. 358.

<sup>1363</sup> J. Carbonnier, *Terre et ciel dans le droit français du mariage*, in *Le Droit Privé Français au Milieu du XXe Siècle*, vol. I, 1950, p. 343, *apud* Pereira Coelho, *Curso*, 1970, 358.

<sup>1364</sup> Uwe Diederichsen, *Rechtsprinzipien im Unterhaltsrecht*, 25 e 26.

<sup>1365</sup> Martha Albertson Fineman, *The Vulnerable Subject*, 11 e 12.

#### 2.4. A SOLIDARIEDADE COMO FUNDAMENTO DOS ALIMENTOS PÓS-DIVÓRCIO

O fundamento classicamente invocado para se alicerçar os alimentos pós-divórcio é a solidariedade, em particular, a solidariedade pós-conjugal<sup>1366</sup>. O verdadeiro alcance deste conceito na relação matrimonial e pós-matrimonial é, todavia, de difícil apreensão. Na verdade, a solidariedade é convocada em contextos tão diversos como o direito social ou o direito do trabalho – para fundar obrigações dos trabalhadores, dos empregadores ou do Estado – ou o direito da família – para justificar acorrer à situação de um familiar em necessidade. Para além disso, é utilizada em sentidos bem distintos – como valor, como princípio, como motor de transformação social, como obrigação<sup>1367</sup>.

Da sua raiz latina *in solidum*, retiramos a ideia de que a solidariedade caracteriza *aquilo que é comum a muitos, em que cada um responde pelo todo*<sup>1368</sup>. Aliás, o núcleo comum às várias utilizações do conceito assenta na ideia de uma relação recíproca entre os membros de um grupo de pessoas<sup>1369</sup>, de onde emerge um vínculo que “procede a uma certa comunitarização do risco”<sup>1370</sup>. Noutro sentido, a solidariedade aparece como “substituição secular” da virtude teologal da caridade<sup>1371</sup> ou, nas palavras de DONATI, constitui “o *aspecto social da virtude da caridade* entendida como amor sobrenatural à pessoa”<sup>1372</sup>. Exprime, assim, uma “exigência de cuidado fundamental do outro”<sup>1373</sup>. Todos estes sentidos são relevantes para concretizar a solidariedade no âmbito da família e, em particular, nas relações entre ex-cônjuges.

Na verdade, estas compreensões estão bem presentes durante o casamento, no âmbito do qual a solidariedade material se exprime de forma estrutural através

<sup>1366</sup> Em sentido contrário, face à lei anterior, ver Maria de Nazareth Lobato de Guimarães, *Alimentos*, 210 e 211, nota 19, que considerava ultrapassada a concepção dos alimentos meramente alimentares.

<sup>1367</sup> Nathalie Dandoy, *Le lien alimentaire*, 279.

<sup>1368</sup> Christophe Vigneau, *Les rapports entre solidarité familiale*, 53, n. 11 e Hauke Brunkhorst, *Solidarität*, 10.

<sup>1369</sup> Kurt Bayertz, *Begriff und Problem*, 11. Bayertz considera que o seu perfil específico decorre do seu conteúdo normativo que vai para além deste núcleo. *Ibidem*, 11 e 12.

<sup>1370</sup> MH. Soulet, « La solidarité chez Jean-Georges Lossier », *La solidarité : exigence morale ou obligation publique ?*, Fribourg, Editions Saint-Paul, 2004, 210 *apud* Nathalie Dandoy, *Le lien alimentaire*, 280.

<sup>1371</sup> Para esta análise da relação entre a Caridade e a Solidariedade, ver João Carlos Loureiro, *O político e o social em Deus Caritas Est*, especialmente 95 e ss., que nota que, no interior do catolicismo, foi só com João XXIII que a expressão foi acolhida num documento papal, aparecendo como um dos princípios estruturantes e como virtude moral. *Ibidem*, 98.

<sup>1372</sup> Pierpaolo Donati, *Pensiero Sociale Cristiano*, 115

<sup>1373</sup> A expressão é de LOUREIRO em João Carlos Loureiro, *Adeus ao Estado Social?*, 195.

da comunhão de vida, nomeadamente da comunhão de recursos entre os cônjuges. Impera a lógica do *dom*<sup>1374</sup>, que, segundo DANDROY, sustenta as manifestações de solidariedade que se exprimem durante a vida comum, necessariamente espontâneas e geralmente generosas<sup>1375</sup>. Mas a ruptura da relação matrimonial põe fim ao “ciclo de dádivas” que era natural durante o casamento, daí que se ponha o problema de compreender a solidariedade nesse período pós-conjugal. De facto, embora a família continue a ser o *sujeito micro-social por excelência da solidariedade*<sup>1376</sup>, procedendo à redistribuição e compensação entre indivíduos socialmente fortes e fracos<sup>1377</sup>, a verdade é que, com o divórcio, deixamos de ter um vínculo familiar a ligar os ex-cônjuges, o vínculo que sustentava a mencionada comunidade e as práticas de cuidado que a caracterizam. Poder-se-ia pensar, todavia, que, ainda assim, a lógica do dom poderia valer, fundada num “sentimento social de justiça”, que justificaria que o “ciclo de dádivas” se prolongasse, no sentido em que ao *dom* se seguiria o contra-*dom*<sup>1378</sup>. Porém, tal possibilidade é contrariada pelo facto de ser contrário à natureza do contra-*dom* ser compreendido como o pagamento de uma dívida<sup>1379</sup>. Também a ideia de fundar a solidariedade pós-divórcio no *compromisso assumido* de sustentar o outro cônjuge durante a vida comum, na ausência de uma promessa explícita no sentido de o estender à obrigação (temporária) de o fazer após a ruptura, apoia-se numa base frágil, assente em compromissos “implícitos”<sup>1380</sup>, na ausência do *status* (extinto) que anteriormente fundava a obrigação homóloga.

Noutro plano, também se tem procurado justificar a solidariedade que suporta a obrigação de alimentos numa *lógica seguradora*<sup>1381</sup>. Na verdade, não é estranha à

<sup>1374</sup> Encontramos a teoria do *dom* na investigação de MAUSS (Marcel Mauss, *Ensaio sobre a Dádiva*, Lisboa, Edições 70, 1988) e nos desenvolvimentos desta burilados pelos seus discípulos. Em particular, na leitura de Godbout, o *dom* apresenta-se marcado pela generosidade e gera no donatário um sentimento de reconhecimento, demarcando-se de qualquer transacção negocial. Ora, o reconhecimento que suscita faz surgir a necessidade de retribuir através de um novo *dom*, o contra-*dom*, que todavia não almeja ser equivalente ao *dom*. Jacques Godbout, *O Espírito da Dádiva*, 133 a 138 e 239 a 262. V. também Pierpaolo Donati, *Manuale di sociologia*, 8. Entre nós, LOUREIRO também convoca a “lógica do *dom*” na resposta ao problema da pobreza. João Carlos Loureiro, *Rostos e (des)gostos*, 185 e ss.

<sup>1375</sup> Nathalie Dandoy, *Le lien alimentaire*, 338.

<sup>1376</sup> A expressão é de Pierpaolo Donati em *Pensiero sociale cristiano*, 228.

<sup>1377</sup> Pierpaolo Donati, *Pensiero sociale cristiano*, 226 e 228.

<sup>1378</sup> Nathalie Dandoy, *Le lien alimentaire*, 337 a 341.

<sup>1379</sup> Nathalie Dandoy, *Le lien alimentaire*, 339 e 361.

<sup>1380</sup> Nathalie Dandoy, *Le lien alimentaire*, 348 e 351.

<sup>1381</sup> Eekelaar sugeria a existência de um modelo segurador (*insurance model*) ao lado do modelo da parceria para a vida (*lifelong partnership*) e do modelo individualista, como uma das três “ideologias” do casamento, reveladas pelo modo como os *post divorce awards* eram concedidos. O fundamento do casamento como parceria para a vida como fundamento para os alimentos pós-divórcio foi já por nós questionado, face ao novo regime do divórcio. O modelo individualista não se reconduz a uma lógica solidarística, mas de responsabilidade, como veremos.

análise das funções desempenhadas pela família a atribuição de uma função de *social welfare*, que reconhece o papel da família face à incerteza e faz com que a família desempenhe o papel de uma “seguradora”<sup>1382</sup>.

No entanto, é seguro sustentar, neste momento, que o fundamento da solidariedade tem sofrido uma progressiva erosão provocada por décadas de desenvolvimentos do regime e da realidade<sup>1383</sup> do divórcio e que o último estágio que, entre nós, a Reforma de 2008 representa contribuiu consideravelmente para a sua perda de relevância<sup>1384</sup>. Na verdade, testemunhas da perda de força da ideia de solidariedade como fundamento dos alimentos são as releituras que são feitas deste princípio e que ampliam o seu sentido, de forma a incluírem dimensões que mais facilmente se identificam com a ideia de responsabilidade de que nos socorremos. Veja-se a posição de BRUDERMÜLLER, no contexto alemão. O Autor parte de um conceito de solidariedade “ético-juridicamente” construído, que justifica, durante o casamento, a protecção de uma esfera de liberdade, ou seja, de autonomia económica (*Selbständigkeit*) e de capacidade de subsistência (*Subsistenzfähigkeit*). No caso de um dos cônjuges sofrer “danos” na sua autonomia económica em virtude da vida em comum, o outro deve – em virtude de tal solidariedade – efectuar uma prestação que permita que recupere tal capacidade. Ou seja, funda os alimentos num “princípio de compensação das desvantagens relacionadas com o casamento” (*Prinzip des Ausgleichs der ehebedingten Nachteile*)<sup>1385</sup>, mais próximo, portanto, de uma lógica de responsabilidade<sup>1386</sup>. Para além disso, a própria opção de reforço do princípio da auto-suficiência, através da sua expressa previsão, depõe no sentido de que o princípio da solidariedade pós-conjugal deveria ser restringido<sup>1387</sup>.

De todo o modo, o legislador de 2008 não pretendeu abandonar esta matriz. Tornou-a até mais visível, ao eliminar qualquer propósito indemnizatório que os

---

<sup>1382</sup> Gary S. Becker, *A Treatise on the Family*, 343, que todavia nota a perda de importância deste papel, estreitamente relacionada com o crescimento do Estado Social. *Ibidem*, 347 e ss.

<sup>1383</sup> PEREIRA COELHO e OLIVEIRA lembram, a este propósito, o aumento da frequência dos divórcios e a tendência para núpcias sucessivas. F. M. Pereira Coelho, Guilherme de Oliveira; *Curso*, 693.

<sup>1384</sup> Rita Lobo Xavier, *Recentes Alterações*, 42-43, considera que a ideia de solidariedade se tornou obsoleta, no presente contexto do regime do divórcio.

<sup>1385</sup> Gerd Brudermüller – *Geschieden und doch gebunden?*, 140 ss.

<sup>1386</sup> Também DANDOUY avança como leituras possíveis da solidariedade pós-conjugal a repartição de benefícios produzidos pelas trocas durante a vida em comum (Nathalie Dandouy, *Le lien alimentaire*, 351 e ss.) e o funcionamento de um princípio de responsabilidade (*Ibidem*, 359) que, na concepção que adoptámos, já se encontram fora do conceito de responsabilidade.

<sup>1387</sup> No mesmo sentido, quanto à reforma alemã, ver Kathrin Kroll, *The Reform*, 99.

alimentos pós-divórcio pudessem prosseguir. Ateve-se, assim, a uma ideia de justiça distributiva que, segundo BRONZE, a solidariedade *intenciona positivamente*<sup>1388</sup>.

## 2.5. A RESPONSABILIDADE E A SUA BIFURCAÇÃO NO REGIME DOS ALIMENTOS PÓS-DIVÓRCIO

A consciência da debilidade da solidariedade como fundamento dos alimentos pós-divórcio convoca-nos a perceber se se acolhem e como se podem precipitar neste âmbito os novos entendimentos de casamento e de divórcio. Ora, o fundamento que se apresenta em maior consonância com o novo regime do divórcio e mais apto a fundar as suas consequências pensamos poder encontrar-se num princípio da responsabilidade<sup>1389</sup>. Porém, o solo de onde brota esta responsabilidade já não será a anterior existência da *qualidade de ser cônjuge*. Não é o *status* que aqui releva, mas sim a *real relação (Realbeziehung)* entre os cônjuges<sup>1390</sup>.

O conceito de responsabilidade é, todavia, dotado de uma tal plasticidade e assume significados tão diversos nas suas leituras nos campos ético, filosófico e jurídico, que resulta num “conceito estilhaçado”<sup>1391</sup>. Daí que não seja estranho que o princípio da responsabilidade seja apto a sustentar, no âmbito do regime dos alimentos pós-divórcio, duas opções de sentido oposto – uma no sentido da *exclusão* do direito a alimentos e que se traduz na consagração do princípio da auto-suficiência e outra no sentido de *sustentar uma pretensão* alimentar mais forte, que se corporiza na admissibilidade de uma vertente compensatória subordinada à obrigação de alimentos.

### 2.5.1. Princípio da auto-suficiência e responsabilidade

O princípio da auto-suficiência é um princípio de auto-responsabilidade. Aponta para a assunção por parte do potencial beneficiário do seu próprio destino

<sup>1388</sup> Fernando José Bronze, *Lições*, 487. Para BRONZE, esta cumpre-se no *suum cuique tribuere. Idem.*

<sup>1389</sup> Sobre a responsabilidade e a solidariedade como corolários do princípio da dignidade humana enquanto princípio fundante do sistema do direito da segurança social, ver João Carlos Loureiro, *Adeus ao Estado Social?*, 193 a 198.

<sup>1390</sup> A expressão é de Ingeborg Schwenzer, que intitula a sua *Habilitationsschrift, Vom Status zur Realbeziehung.*

<sup>1391</sup> Paul Ricoeur, *O Justo ou a Essência da Justiça*, 44.



económico e para uma exigência de auto-determinação, que pode ser ancorada na própria ideia de dignidade<sup>1392</sup>.

Esta ligação clara com a independência dos sujeitos remete-nos para as linhas de força de um modelo liberal e da concepção de responsabilidade dele emergente<sup>1393</sup>. Na verdade, o sujeito do liberalismo considerava-se obrigado apenas pela sua vontade e apresentava-se como o melhor defensor dos seus próprios interesses<sup>1394</sup>, desligado, portanto, de modelos de interdependência que são hoje reclamados e que superam o individualismo<sup>1395</sup> em que aquela concepção resvalou, em favor de uma concepção do homem situado, o *homo socialis* que passou a dominar o universo humano<sup>1396</sup>.

Desenganemo-nos, porém, relativamente a um aparente anacronismo que esta opção encerra. O discurso da auto-suficiência (auto-responsabilidade) associa-se a duas dimensões de feição bem actual. Em primeiro lugar, está em consonância com os entendimentos do conceito de responsabilidade que apontam para esta com um significado prospectivo, ligado à assunção de papéis, direitos e obrigações<sup>1397</sup>. Assim, insere-se com facilidade até em desenvolvimentos mais exigentes da *role responsibility* da tipologia de HART<sup>1398</sup>, como a ideia de *responsabilidade-virtude*, para a qual “a pessoa responsável é aquela que está disposta a levar a sério os seus deveres”<sup>1399</sup>. Na pena de BOVENS, está em causa um “sentido de responsabilidade”, que implica tomar a sério as suas tarefas e deveres, agir após devidas deliberações e responder perante os outros pelas consequências do seu agir<sup>1400</sup>. Esta é a perspectiva do lado do potencial alimentado. Em segundo lugar, (mas porventura mais focado na figura do alimentante), o princípio da auto-suficiência

<sup>1392</sup> Sobre exigências análogas no âmbito do sistema do direito da segurança social, v. João Carlos Loureiro, *Adeus ao Estado Social?*, 97 e 194.

<sup>1393</sup> Jo Bridgeman; Heather Keating, Introduction: *Conceptualising Family Responsibility*, 3ss. e António Castanheira Neves, Pessoa, Direito e Responsabilidade, 21.

<sup>1394</sup> António Pinto Monteiro, *Cláusulas limitativas*, 44 e 45.

<sup>1395</sup> Castanheira Neves aponta que neste quadro a “autonomia humana, então nuclearmente reconhecida, volveu-se em individualismo” e, portanto, reclama superação do paradigma moderno. A. Castanheira Neves, *Dignidade da Pessoa*, 426.

<sup>1396</sup> A. Castanheira Neves, *A imagem do Homem*, 332 e 324.

<sup>1397</sup> Peter Cane, *Responsibility in Law and Morality*, 31 e 32.

<sup>1398</sup> H. L. A. Hart, *Varieties of Responsibility*, 347.

<sup>1399</sup> H. L. A. Hart, *Varieties of Responsibility*, 348 e G. GORGONI, *La Responsabilità come Progetto*, 267.

<sup>1400</sup> Mark Bovens, *The Quest for Responsibility - Accountability and Citizenship in Complex Organisations*, Cambridge, Cambridge University Press, 1998.p. 26. Para Bovens, este é um tipo de responsabilidade que deve ser acrescentado à tipologia de Hart, enquanto dimensão que excede a estrita obrigação.

(responsabilidade) sagra-se como um “elogio do *clean break*”, com a possibilidade de libertação completa de uma relação passada, consentâneo com o *carácter líquido* que se associa aos tempos actuais<sup>1401</sup>.

Ainda assim, a consagração clara no novo regime dos alimentos pós-divórcio do princípio da auto-suficiência, tão em sintonia com percepções actuais da relação com o outro e suas exigências, desperta alguma inquietude relativamente ao problema da associação da “ética da responsabilidade” ao individualismo<sup>1402</sup>.

## 2.6. VERTENTE COMPENSATÓRIA DA OBRIGAÇÃO ALIMENTÍCIA E RESPONSABILIDADE

Se, por um lado, como acabámos de expor, o princípio da responsabilidade funda uma *vertente de negativa* de *exclusão* da obrigação alimentar ao abrigo de exigências de auto-suficiência, por outro lado, cremos que assume, também, uma *dimensão positiva* no âmbito do actual regime dos alimentos. Na verdade, e apesar de não assistirmos uma consagração expressa, como acontece naquela primeira expressão, pensamos encontrar uma manifestação deste princípio a suportar *uma pretensão* alimentar mais forte quando se convoca o funcionamento da vertente compensatória subordinada da obrigação de alimentos. Este fundamento – e não o da solidariedade – seria, aliás, o que melhor se adequaria ao sistema de divórcio vigente, na medida em que enraíza a obrigação de o cônjuge mais forte economicamente sustentar as necessidades materiais do outro no facto de estas derivarem da própria relação. Procuremos, então, sintetizar a sua verdadeira expressão no regime dos alimentos pós-divórcio.

Antes do actual regime, LOBATO DE GUIMARÃES tentara já sustentar, na sequência da Reforma de 1977, que o fundamento para os alimentos pós-conjugais se encontraria não num “abstracto elo de solidariedade”, mas teria “por base considerações muito mais concretas, verdadeiras causas específicas, ao menos virtuais de prestação de alimentos”<sup>1403</sup>. E procurava apoiar esta sua convicção no

<sup>1401</sup> Segundo a análise de Baumann, que cunha aquele termo, a precariedade é a característica mais proeminente das condições de vida actuais. Daí que, na ausência de segurança a longo prazo, se procure a ‘satisfação instantânea’. Zygmunt Baumann, *Liquid Modernity*, 160 ss.

<sup>1402</sup> Fernando José Bronze, *A Responsabilidade, hoje*, p. 197.

<sup>1403</sup> Maria de Nazareth Lobato de Guimarães, *Alimentos*, 196.

entendimento de que os factores enunciados na redacção vigente ao tempo do n.º 2 do artigo 2016.º – a duração do casamento e a colaboração prestada pelo cônjuge à economia do casal – seriam o “simples afloramento do critério geral”, defendendo que deveriam ser entendidos como tendo um “valor genérico”<sup>1404,1405</sup>. No entanto face à letra da lei e ao conceito de casamento e de divórcio então vigentes, seria difícil que se pudesse avançar com tal generalização. Na verdade, estribava-se essencialmente numa norma que constituía não a regra, mas a excepção. A necessidade de invocar aqueles factores para reconhecer um direito a alimentos surgia só se este tivesse sido impedido de os receber nos termos da regra do n.º 1, pelo facto de o requerente ter sido afastado pela declaração de culpa no divórcio.

A visão de LOBATO DE GUIMARÃES tinha, todavia, o indeclinável mérito de reflectir a lógica inerente à evolução dos regimes alimentares em vários ordenamentos jurídicos e de colocar questões essenciais para a construção de um sistema de alimentos pós-conjugais mais coerente<sup>1406</sup>. Assim, recusava a ideia de “fictícia “prorrogação” do vínculo matrimonial, tantas vezes invocada neste contexto, e procurava encontrar um conjunto de “motivações concretas”, que teriam subjacente a existência de comunidade<sup>1407</sup>. Avançava também a ideia – tão cara à doutrina estadunidense – de que os alimentos não têm de ser percebidos como pura liberalidade<sup>1408</sup>.

O salto proposto por MARIA DE NAZARETH LOBATO DE GUIMARÃES pode ser mais sustentado face ao enquadramento jurídico actual. Todavia, não é isento de obstáculos. O ponto de partida do intérprete, a análise da letra da lei, não aponta

---

<sup>1404</sup> Maria de Nazareth Lobato de Guimarães, *Alimentos*, 195 e 196.

<sup>1405</sup> Maria de Nazareth Lobato de Guimarães, *Alimentos*, 196, 197 e 210. Os alimentos traduzir-se-iam, para LOBATO DE GUIMARÃES, na “compensação-indemnização pela perda de benefícios da comunidade que fiquem sem cobertura”, na “compensação pelo trabalho prestado à economia do casal” que não tenha tido remuneração específica, enquanto “pagamento de serviços não pagáveis”, e na indemnização dos prejuízos causados pelos “ajustes necessários à vida comum”. Avança ainda com um argumento mais difícil de encaixar na sua visão inicial – o facto de os alimentos traduzirem ainda a “perduração de algum afecto”. Maria de Nazareth Lobato de Guimarães, *Alimentos*, 211. Ora, parece que, a existir, esta corporização de afectos ainda subsistentes se poderá fazer por outros meios, que não o regime legal dos alimentos, sempre por espírito de liberalidade, nomeadamente através de doações ou deixas testamentárias.

<sup>1406</sup> Uwe Diederichsen discute, a propósito do regime alemão dos alimentos pós-divórcio, o funcionamento dos princípios ético-jurídicos enquanto expressão da ideia de direito e o seu diferente poder de persuasão ético-jurídica. E exemplifica com o facto de um cônjuge estar obrigado a prestar alimentos ao outro que está a cuidar do filho comum após o divórcio (§ 1570 BGB), ser hoje provavelmente mais aceite como regra para o cônjuge divorciado do que o fundamento de este não se poder sustentar devido ao desemprego estrutural (§ 1573 I BGB). Uwe Diederichsen, *Zum Denken in Rechtsbegriffen*, 25.

<sup>1407</sup> Maria de Nazareth Lobato de Guimarães, *Alimentos*, 210.

<sup>1408</sup> Maria de Nazareth Lobato de Guimarães, *Alimentos*, 211. É certo que avança esta ideia para justificar a concessão de alimentos mesmo em casos de culpa predominante ou exclusiva do requerente, impostos pela equidade, precisamente por não se tratarem de “pura liberalidade”.

logo para esta conclusão, ao enunciar a “colaboração prestada à economia do casal” e também “o tempo que terão de dedicar, eventualmente, à criação de filhos comuns” – os dois factores que individualizámos como sendo os mais relevantes<sup>1409</sup> para se habilitarem a sustentar uma vertente compensatória da obrigação de alimentos – sob a epígrafe “Montante dos alimentos”. O restante regime – com as suas causas de cessação, intransmissibilidade, indisponibilidade e inereditabilidade e, em certa medida, a seca interpretação da referência às necessidades e às possibilidades de um e de outro dos pólos desta relação – também não depõe no sentido de aceitar uma categoria de alimentos compensatórios com autonomia, já que estes últimos mereceriam um diferente tratamento. Todavia, a possibilidade de não degradar (pelo menos) aquelas duas circunstâncias a meros critérios de determinação do montante merece ser considerada. Elas, aliás, são denominadas pela lei como “circunstâncias que influ[e]m sobre as necessidades do cônjuge que recebe os alimentos e as possibilidades do que os presta” (artigo 2016.º, n.º 1, *in fine*), portanto factores densificadores do pressuposto central da lei, como defendemos.

Não esqueçamos também a importância social que uma consideração em termos mais generosos da relevância para o regime dos alimentos da contribuição para a economia familiar e o cuidado prestado aos filhos após o casamento pode assumir. Na verdade, são estes factores que enquadram as categorias de alimentandos identificadas como os grupos mais marginalizados pela insistência no *clean break*: os cuidadores de longo prazo durante o casamento e os cuidadores de crianças pequenas, respectivamente<sup>1410</sup>.

É verdade que é incontornável a verificação do pressuposto da *necessidade* por parte do requerente para accionar os alimentos pós-conjugais e que o regime se basta com uma determinação asséptica quanto à sua génese, ainda que subjectivada quanto à sua real configuração. Assim, haverá que averiguar sempre da existência de uma situação de maior ou menor *carência*. Mas, tal como OLIVEIRA lembra, o reconhecimento de uma intenção compensatória depende do que se entende por *necessidade*<sup>1411</sup>. E, de facto, a existência de tais factores pode modelar este

<sup>1409</sup> Encontramos também, é certo, dimensões compensatórias que se podem associar à duração do casamento, mas também na consideração das “qualificações profissionais” admitimos que podem intervir juízos desta índole, se um eventual défice se dever a opções relacionadas com o casamento.

<sup>1410</sup> Cynthia Lee Starnes, *Mothers as Suckers*, 1538 e 1539.

<sup>1411</sup> Guilherme de Oliveira, *Dois numa só carne*, 11. Nesta sede, no entanto, OLIVEIRA conclui que só imperfeitamente esse objectivo poderia ser servido pelos alimentos, já que a obrigação de “alimentos não tem uma intenção

entendimento. Para além disso, ao ter em conta estas circunstâncias particulares, pode dar-se ao decisor a possibilidade de, dentro dos limites da lei, concretizar de modo fundamentado diferentes soluções, pelo menos ao nível do montante da prestação de alimentos<sup>1412</sup>.

Uma aproximação como a proposta reconhece que não existe autonomia na função compensatória dos alimentos, já que estarão sempre subordinados a uma ideia de “necessidade”. No entanto, admite que se reconheça nestes casos uma finalidade compensatória subordinada, em homenagem a um princípio de responsabilidade que, enquanto princípio jurídico actuante no âmbito alimentar pós-conjugal, contém sempre também regras de actuação que se dirigem ao aplicador do direito<sup>1413</sup>.

Na verdade, quando nos detemos na observação do binómio liberdade/responsabilidade no contexto do divórcio, podemos perceber que a dimensão de liberdade relativamente à saída da relação matrimonial é aqui contrabalançada pela assunção de responsabilidade relativamente às situações criadas ou reveladas por esta saída. Assim, o funcionamento dos alimentos pós-divórcio – como, aliás, de todos os instrumentos que contribuam para criar um quadro garantístico – apresenta-se aqui como um contrapeso relativamente a tal liberdade. Deste modo, e ao contrário da manifestação anterior que crismámos de “elogio do *clean break*”, esta vertente da responsabilidade configura a “desautorização do *clean break*”<sup>1414</sup>. Na verdade, reconhece-se, mais uma vez, a existência da *derivative dependency*<sup>1415</sup>, que é exacerbada pela desigualdade na distribuição das responsabilidades pós-divórcio<sup>1416</sup>. De facto, o cuidador principal (geralmente a mulher) não pode assumir o papel de “trabalhador ideal” que está

---

indemnizatória, não visa compensar o cônjuge que contribuiu em excesso; tem uma intenção de solidariedade que visa acorrer a situações de “necessidade” e, por este meio, dá uma vantagem ao cônjuge menos afortunado”, mas admite uma intenção compensatória quando a contribuição excessiva do cônjuge conduziu a uma situação de necessidade que justifique o nascimento da obrigação de alimentos, mas como o nosso Professor nota, isto depende, sobretudo, do que se entende por “necessidade” subsequente à dissolução do casamento, sendo certo que há quem só atenda a situações de pobreza, enquanto outros consideram situações de diminuição económica que estão longe dos mínimos e subsistência.”

<sup>1412</sup> Ponderaremos também a sua consideração noutros aspectos do regime.

<sup>1413</sup> Esta é a posição de Diederichsen sobre a função dos princípios jurídicos, que aplica directamente ao âmbito alimentar em Uwe Diederichsen, *Zum Denken in Rechtsbegriffen*, 19.

<sup>1414</sup> O carácter conciliável destas duas perspectivas pode ser demonstrado até de forma mais viva no ordenamento jurídico alemão, no qual se consagra o princípio da auto-responsabilidade (§ 1569 BGB), para logo abrir um leque de previsões nos § § 1570 ss. BGB, que, segundo Diederichsen expõem quase todas as situações relativas a consequências do divórcio. Uwe Diederichsen, *Zum Denken in Rechtsbegriffen*, 24 e 25.

<sup>1415</sup> Martha Albertson Fineman, *Cracking the Foundational Myths*, 20.

<sup>1416</sup> Martha Albertson Fineman, *Responsibility, Family and the Limits of Equality*, 38.

reservado para quem não assume as responsabilidades do cuidado<sup>1417</sup>. Na perspectiva da “ética do cuidado” desenvolvida por TRONTO, torna-se visível a “natural” (incorrecta) associação do *cuidado* às mulheres<sup>1418</sup>, a desvalorização desta actividade e o facto de ser utilizada para perpetuar esquemas discriminatórios<sup>1419</sup>.

Com este quadro como pano de fundo, alguns sistemas tendem a procurar dotar-se de mecanismos (mais ou menos) capazes de reconhecer esta realidade. De facto, podemos perspectivar a assunção de responsabilidades acrescidas por parte do ex-cônjuge cuidador como base para o surgimento de um direito mais forte no âmbito alimentar. EEKELAAR funda a responsabilidade quanto ao cuidador do filho no contexto da sua categoria *friendship plus*<sup>1420</sup>. E a doutrina alemã tem invocado o *princípio da protecção da confiança* (*Vertrauensschutzprinzip*), em termos mais gerais, para ancorar os alimentos pós-divórcio<sup>1421</sup>.

Concluimos, portanto, que este reconhecimento da assunção por parte do cônjuge (quanto à “colaboração prestada à economia do casal”) ou do ex-cônjuge (quanto ao cuidado dos filhos após o divórcio) de responsabilidades conjuntas pode ser levado a cabo pela via dos alimentos pós-divórcio. É, todavia, um reconhecimento ainda muito incipiente. Na verdade, e no que em particular diz respeito ao encargo prioritário ou total que pesa sobre um dos ex-cônjuges do cuidado dos filhos comuns, a situação não recebe a resposta cabal que a assunção desta responsabilidade deveria implicar. De facto, o regime dos alimentos pós-divórcio ficará sempre aquém, uma vez que, em coerência com a sua função inicial, se encontra sempre preso a uma lógica alimentar. Assenta, portanto, indubitavelmente no pressuposto da necessidade, ainda que esta seja entendida com muita largueza. E, assim, nem sempre dará total cobertura a todas as consequências que implica. Ora, na ausência de um mecanismo de resposta pós-divórcio, que permita fundar transferências financeiras entre ex-cônjuges, liberto do pressuposto

---

<sup>1417</sup> Joan C. Williams, *Married Women And Property*, 390, 394 e 398.

<sup>1418</sup> Joan C. Tronto, *Moral Boundaries*, 112-116. Tronto esclarece que o cuidado tem sido também assumido ao longo da história por outros grupos, tais como as classes trabalhadoras ou por etnias socialmente discriminadas. Daí que o cuidado seja “gendered, raced and classed”. *Ibidem*, 112.

<sup>1419</sup> Joan C. Tronto, *Moral Boundaries*, 117-122.

<sup>1420</sup> John Eekelaar, *Family Law and Personal Life*, 117. Eekelaar considera que aquilo que designa por *partnership of parenthood* é um evento transformador da vida, em que as partes assumem compromisso conjunto (uma “plano de vida”) relativamente a um novo ser humano, que necessita de cuidado e sustento durante uma parte significativa da vida dos seus pais. *Ibidem*, 50 e 51.

<sup>1421</sup> Bernhard Metz, *Rechtsethische Prinzipien des nahehelichen Unterhalts*, 183 ss, em especial 200 ss. e Korenke, *Nachehelicher Unterhalt*, 45 ss.

da necessidade e ancorado antes na responsabilidade partilhada, o sistema português não procede a um consciente reconhecimento da figura do cuidador e da sua importância fundamental a responder o problema da dependência que é, em última análise, também um problema público<sup>1422</sup>.

## 2.7. ALIMENTOS REABILITADORES – ENTRE A SOLIDARIEDADE E A RESPONSABILIDADE

A concepção alimentar que parece ser capaz de sintetizar da melhor forma novas e velhas perspectivas do regime alimentar pós-divórcio será, porventura, a dos *alimentos reabilitadores*.

Esta categoria de alimentos tem sido utilizada como “eufemismo para alimentos de duração limitada”<sup>1423</sup>; todavia, rigorosamente entendida, define-se por referência ao seu propósito e não à sua duração. Refere-se àquelas prestações que têm como objectivo proporcionar as condições para que se dê o aumento da capacidade de ganho do alimentado, tendo em vista a sua auto-suficiência<sup>1424</sup>. Para tal, os alimentos reabilitadores devem incluir, além do valor que corresponda às despesas para fazer face ao sustento *tout court* do alimentando (determinado nos termos já referidos), também um valor que faça face a despesas de educação e formação profissional. Isto porque o fim último dos alimentos reabilitadores é permitir a transição para a independência económica do alimentado<sup>1425</sup>, ajudar o cônjuge em situação de necessidade a conseguir prover à sua subsistência autonomamente, em coerência com o almejado *clean break*. Deste modo, os alimentos reabilitadores servem o *princípio da auto-suficiência*. Não permitem a sua manifestação no primeiro momento de constituição da obrigação alimentícia, mas estão direccionados para que, num momento posterior, se dê a extinção deste dever ao atingir-se tal objectivo. Na verdade, uma das vantagens apontadas para a consagração de tal categoria de alimentos é o facto de constituir um *incentivo* para o

<sup>1422</sup> Martha Albertson Fineman, *Cracking the Foundational Myths*, 14, Martha Albertson Fineman, *The Vulnerable Subject*, 11 e 23, e Martha Albertson Fineman, *Responsibility, Family and the Limits of Equality*, 44 e ss.

<sup>1423</sup> V. Joan M. Krauskopf, *Rehabilitative Alimony*, 573, que faz esta advertência, e Daniel Jones, *Rehabilitative Alimony – The Goal of Self Support*, 25, que define os alimentos reabilitadores por oposição aos alimentos de duração indefinida.

<sup>1424</sup> É esta a definição de KRAUSKOPF em Joan M. Krauskopf, *Rehabilitative Alimony*, 581.

<sup>1425</sup> Joan M. Krauskopf, *Rehabilitative Alimony*, 582.

alimentado atingir a independência económica<sup>1426</sup>. Neste sentido, portanto, convocam a dimensão de responsabilidade (do alimentado) de que tratámos em primeiro lugar.

Os casos mais comuns a suscitar o funcionamento dos alimentos reabilitadores implicam geralmente cônjuges com habilitações para o mercado, mas que se deterioraram no curso do casamento, ou aqueles cujas capacidades poderiam ter sido desenvolvidas através de formação profissional ou académica. Deste modo, este tipo de alimentos, concedidos durante um período limitado, aparecem como um meio de adquirir novas capacidades para funcionar no mercado de trabalho ou actualizar as que já se detinham<sup>1427</sup>. Tal não implica, todavia, que os alimentos reabilitadores só funcionem quando estas condições tenham sido criadas pelo casamento. Na verdade, não tem de lhe estar subjacente uma lógica indemnizatória ou compensatória, mas a ideia de criar as condições que permitam uma transição para a auto-suficiência. É certo que isto pode conduzir a financiar oportunidades de formação e inserção profissional que terão sido coarctadas pelo casamento, simplesmente o seu foco não está em compensar oportunidades perdidas – abstrai-se da fonte – mas em proporcionar meios para atingir a independência económica<sup>1428</sup>. Deste modo, tanto poderá estar presente em alimentos que têm subjacente a tradicional lógica solidarística, como naqueles que convoquem um propósito compensatório subordinado<sup>1429</sup>.

Os alimentos reabilitadores são apontados como facilitadores do corte entre ex-cônjuge, uma independência visada pelo objectivo do (ainda que temporariamente adiado) *clean break*. Permitem também uma mais fácil cristalização das situações dos ex-cônjuges, o que evita novos processos judiciais tendentes à alteração dos alimentos fixados. Do lado do obrigado, permite-lhe um futuro planeamento da sua vida económica e a libertação dos seus recursos. Do lado do alimentado, defende-se que constitui um incentivo para procurar a melhor situação profissional e o mais alto rendimento e planear uma vida independente<sup>1430</sup>.

---

<sup>1426</sup> Cf. Molnar v. Molnar, 314 S.E.2d 73 (1984), [76], do Supreme Court of Appeals of West Virginia, no qual se defende que o conceito de alimentos reabilitadores “rests upon the premise that by encouraging the party to become self-reliant, this may alleviate some of the financial problems attendant to a divorce, as well as providing a sense of independence and psychological fulfillment”.

<sup>1427</sup> Daniel Jones, *Rehabilitative Alimony — The Goal of Self Support*, 25, nota 2.

<sup>1428</sup> Joan M. Krauskopf, *Rehabilitative Alimony*, 579.

<sup>1429</sup> Cf. §1575 BGB, que prevê a base para os alimentos que custeiem formação ou formação adicional do alimentando.

<sup>1430</sup> Joan M. Krauskopf, *Rehabilitative Alimony*, 582.



Esta categoria não é, todavia, isenta de críticas. Na verdade, uma adesão demasiado fácil aos alimentos reabilitadores pode significar a desconsideração da real situação do alimentando – identificado as mais das vezes com a categoria de cuidador. Na verdade, exigir a este cônjuge a reinserção no mercado, por referência a ideias de responsabilidade individual e de meritocracia, ignora as desigualdades de facto, muitas vezes exacerbadas pelo género, que o cuidador enfrenta no mercado de trabalho em virtude da situação familiar<sup>1431</sup>.

Apesar da inicial afirmação de conformidade com as traves essenciais do regime alimentar, não se pode considerar ter sido esta a concepção de alimentos adoptada pelo legislador de 2008<sup>1432</sup>. Admitimos a sua particular relevância, o facto até de assumir um papel simbólico, aspiracional, mas a verdade é que, do actual quadro, resulta um pluralismo de propósitos que não se deixam capturar por uma única figura. Incluem-se obrigações de alimentos em que o objectivo reabilitador não é crível e acabou por não se incorporar como regra os alimentos temporalmente limitados, como teremos oportunidade de tratar.

### **3. Obrigação de alimentos pós-conjugal e crédito compensatório – Articulação**

O esquema português de transferências financeiras entre ex-cônjuges destinadas a responder a iniquidades económicas experienciadas na sequência do divórcio configura um *sistema bimodal*. Assenta em dois pilares<sup>1433</sup> com uma história e uma configuração bem diversas – o crédito compensatório e os alimentos pós-divórcio.

No primeiro caso, temos uma figura estreante no ordenamento jurídico português, que não se deixa assimilar totalmente por esquemas de figuras já conhecidas, objecto de um tratamento minimalista por parte do legislador e de uma projecção na prática de difícil (e porventura parca) expressão. Apresenta também um propósito mais delimitado, mas é uma figura cujo fundamento se apresenta em

<sup>1431</sup> Os argumentos são de FINEMAN. Martha Albertson Fineman, *Responsibility, Family and the Limits of Equality*, 42.

<sup>1432</sup> VAZ TOMÉ considera ser esta a concepção de alimentos adoptada pelo legislador de 2008. Maria João Romão Carreiro Vaz Tomé, *Elderly Dependency*, 714, nota 11, e Maria João Romão Carreiro Vaz Tomé, *Considerações sobre alguns efeitos patrimoniais*, 166.

<sup>1433</sup> Será assim, na classificação de DETHLOFF, um *Mehrsäulesystem*. Nina Dethloff, *Unterhalt, Zugewinn, Versorgungsausgleich*, 29.

maior conformidade com a evolução do regime do divórcio e dos valores que lhe presidem.

No segundo caso, os alimentos pós-divórcio, encontramos uma figura historicamente consolidada, mas objecto de uma assinalável evolução, em conformidade com a evolução do próprio Direito da Família. Trata-se de um instituto convocado pela prática jurídica e ancorado num quadro de elaboração legislativo e doutrinal, cujas raízes se encontram a um nível mais profundo na obrigação alimentar geral. Todavia, vive uma crise relativa ao seu fundamento solidarístico e no seu seio digladiam-se forças de sinal oposto, que se ligam, por um lado, à sua tradição jurídica de matriz solidária e, por outro lado, à evolução do direito do casamento e do divórcio e às exigências de responsabilidade que lhe são inerentes.

Apesar destas diferentes características, os seus espaços não estão perfeitamente delimitados. Na verdade, apesar de estarmos perante instrumentos de matriz diferente, o facto de termos admitido finalidades compensatórias subordinadas, ao lado dos alimentos puramente alimentares, levanta questões de compatibilidade com a figura compensatória. Na verdade, apoiámos a abertura para considerações de natureza compensatória no regime dos alimentos em dois tipos de actividade levada a cabo pelo alimentado<sup>1434</sup> – a colaboração prestada à economia do casal e o cuidado prestado aos filhos. Ora, consideradas de forma isolada, estas são actividades que constituem modos de contribuir para os encargos da vida familiar. E como sabemos que o legislador português optou por lidar com as desvantagens relacionadas com o cumprimento deste dever através do crédito compensatório do artigo 1676.º, n.º 2, há que definir esferas de actuação dos dois institutos.

Defendemos já que, subjacentes ao crédito compensatório e aos alimentos de feição compensatória, estão manifestações do princípio da responsabilidade. São, todavia, expressões da responsabilidade que se dirigem em diferentes sentidos. Adoptando o *critério temporal* que preside à distinção de CANE entre *responsabilidade histórica* e *responsabilidade prospectiva*, podemos ver no crédito compensatório uma manifestação de responsabilidade histórica, enquanto neste tipo de alimentos estará em causa uma perspectiva de futuro. Na verdade, nas palavras de EEKELAAR, a “*responsabilidade prospectiva* premeia o seu

---

<sup>1434</sup> Há outros factores, todavia, mas que se apresentam acoplados a estes, que também justificam a vertente compensatória. Cf. Cap. I B.

cumprimento”<sup>1435</sup> e, portanto, estará em causa assegurar um movimento compensatório no sentido de que quem não assume a “sua parte” das responsabilidades conjuntas contribua para reequilibrar a situação de quem o faz, para além do que lhe seria exigível segundo um critério estrito de repartição.

Poder-se-ia avançar, todavia, que o *critério temporal* não é suficiente para proceder a esta distinção, porque valeria apenas quando é o factor “cuidado prestado aos filhos” a justificar a vertente compensatória dos alimentos, mas já não no caso de este se fundar na “colaboração prestada à economia do casal”.

De facto, o cuidado aos filhos refere-se a actividades que materialmente ocorreriam durante o casamento inseridas no cumprimento do dever conjugal de contribuição para os encargos da vida familiar, mas o horizonte temporal a ser considerado no âmbito dos alimentos pós-divórcio é bem diverso. Na verdade, está em causa o cuidado que se dedicará *após a ruptura* da relação matrimonial e não a consideração deste no âmbito do casamento. Ora, ao contrário do crédito compensatório, que se enraíza em actividades contributivas prestadas durante a pretérita relação matrimonial, aqui olha-se para o futuro, para as responsabilidades que serão exercidas e, nessa medida, os alimentos pós-conjugais são o único instrumento disponível para lhes responder. É, ainda assim, um fundamento que se reporta à *relação entre os ex-cônjuges* – aqui enquanto progenitores – e que justifica que o mais abonado deva responder perante o outro pela situação de maior carência em que se encontra, *em virtude* da actividade de cuidador que este realiza. Não nos parece que nesta resposta se opte por uma abordagem remuneratória do cuidador, mas sim por uma intenção de compensar estas desvantagens pós-divórcio, precipitadas numa ideia de *necessidade*, numa óptica prospectiva<sup>1436</sup>.

Quando tratamos da “colaboração prestada à economia do casal”, é muito mais dúbia a separação dos terrenos, tal como foi prontamente reconhecido pela doutrina portuguesa. RITA LOBO XAVIER argumenta que as razões que estiveram na base da consagração excepcional de um direito a alimentos com base neste factor na Reforma de 1977 terão sido as mesmas que levaram o legislador a criar a medida do artigo 1676.º, n.º 2, e que, portanto, agora, noutra contexto, estes elementos não

---

<sup>1435</sup> John Eekelaar, Family Law and Personal Life 110.

<sup>1436</sup> Cf. supra.

deveriam ser tidos em conta na determinação da medida dos alimentos<sup>1437</sup>, já que seriam considerados a propósito do crédito compensatório<sup>1438</sup>. Assim, na verdade, a perspectiva temporal não pode ser aqui o critério distintivo do quadro fáctico que lhe está na base. Tanto no crédito compensatório como nos alimentos fundados na colaboração para a economia comum, estaremos perante manifestações de uma ideia de “responsabilidade histórica”, de análise do passado, dos comportamentos enquadrados pelo casamento. Assim, só será possível evitar uma dupla contabilização se, sendo ambos requeridos, se encontrem espaços de não sobreposição material entre si.

Poderemos, todavia, invocar aqui a diferença de propósitos dos dois instrumentos. Segundo este *critério teleológico*, pareceria relativamente claro delimitar a finalidade do crédito compensatório como *praeter* alimentar – visa responder aos “prejuízos patrimoniais importantes” gerados nos termos gizados pelo artigo 1676.º, n.º 2 – e a dos alimentos pós-divórcio com carácter alimentar. Tal afirmação não deixa de ser verdadeira, mas tem de ser temperada quando tratamos de alimentos em que existe uma finalidade compensatória subordinada. Na verdade, aqui trata-se de responder a uma situação de *necessidade*, mas trata-se uma necessidade *plus*, determinada e avaliada em função de considerações de natureza subjectiva que têm em conta a génese desta e que permitem uma avaliação mais generosa da carência e do nível a ser garantido pela obrigação alimentícia em função de considerações de *merecimento* do alimentando e de exigências de compensação pela assunção de responsabilidades partilhadas.

Ora, se relativamente à consideração do factor “cuidado a prestar aos filhos”, o mero funcionamento do critério temporal evita a sua dupla valoração – trata-se da responsabilidade parentais partilhadas após o casamento e só os alimentos pós-divórcio lhes dão uma resposta –, se se tratar do factor “colaboração prestada à economia do casal”, nem o critério temporal, nem o critério teleológico são capazes de nos dar uma resposta definitiva. Haverá, então, que fazer uma análise ancorada

---

<sup>1437</sup> A Autora tece estas considerações a propósito da medida dos alimentos, já que é apenas neste contexto que os coloca, mas admite também que é a própria “aplicação simultânea com o regime dos alimentos” do crédito compensatório que está em causa, em virtude de tais elementos terem sido “transportados para esta disposição quando estavam inseridos numa outra que se referia ao próprio reconhecimento, a título excepcionalmente, do direito a alimentos”. Rita Lobo Xavier, *Recentes Alterações*, 54, nota 60.

<sup>1438</sup> A propósito das alterações do regime dos dois institutos em 2008, DIAS vem afirmar que já se tentava, através da prestação de alimentos, compensar o ex-cônjuge pela contribuição para os encargos da vida familiar, mas que o novo artigo 1676.º (referia-se na altura ao projecto), tenta alcançar este objectivo directamente. Cristina M. Araújo Dias, *O crédito pela compensação do trabalho doméstico*, 210.

num *critério substantivo*, analisando em que medida estamos perante as mesmas realidades.

A “colaboração prestada à economia do casal” parece identificar-se com a contribuição para os encargos da vida familiar. Poderá, porventura, ter um significado mais amplo, na medida em que signifique a contribuição para a acumulação de riqueza por parte do casal, mas, no essencial, reconduz-se àquela. Todavia, parece ser o jogo em concreto dos vários pressupostos das duas figuras que deverá impedir a sua sobreposição. O instrumento do artigo 1676.º, n.º 2, refere-se a situações com uma particular exigência – é necessário que existam “prejuízos patrimoniais importantes” que derivem de renúncias excessivas aos interesses do cônjuge que as efectuou em virtude de contribuir de forma excessiva para os encargos da vida familiar. O factor enunciado no artigo 2016.º-A, n.º 1, refere-se apenas a “colaboração prestada à economia do casal”.

Numa primeira análise, parece que poderemos encontrar situações de necessidade, criadas em virtude desta colaboração, que não preencham os apertados critérios do crédito compensatório. Pense-se, por exemplo, no facto de se considerar como “colaboração prestada à economia do casal” efectuar uma mudança de residência familiar, em função da prossecução de oportunidades profissionais do outro cônjuge, em que há renúncias profissionais que deixam numa posição economicamente fragilizada, mas não existe uma contribuição acrescida, tal como o artigo 1676.º, n.º 2.

Mais difícil será pensar em casos em que, uma vez paga a compensação, ainda persista uma situação de necessidade, dado que aquela se refere a prejuízos patrimoniais importantes, o que aponta para um montante significativo. Todavia, este é um espaço que só será possível determinar em concreto. Mas, se encontrado este espaço, o tipo de avaliação subjacente a cada um dos instrumentos é bem diverso. Na obrigação de alimentos, está em causa a avaliação de uma *necessidade presente* que se projecta no futuro; o crédito compensatório implica uma avaliação dos “prejuízos” causados num *quadro passado*, mas que prescindem de qualquer base de *necessidade*<sup>1439</sup>.

---

<sup>1439</sup> É elucidativa a explicação de Spaht, a propósito dos Princípios do ALI. Para a Autora, este corpo de princípios substituiu a “necessidade” (que implica uma avaliação do futuro) pela “loss” (que implica uma avaliação do passado na medida em que afecta o futuro). Katherine S. Spaht, *Post-modern marriage*, 249 e 250

No que diz respeito ao funcionamento dos outros factores que determinam a necessidade e as possibilidades de alimentante e alimentando, não se receia a sua coincidência com os requisitos do crédito compensatório, e não se duvida, portanto, que ambas as figuras possam coexistir<sup>1440</sup>. Claro que, para que isto aconteça, repetimos, teremos de estar sempre perante uma situação de necessidade, porque os alimentos não se concedem sem esta, embora tal seja irrelevante para efeitos de crédito compensatório.

---

<sup>1440</sup> Admitindo esta coexistência, ver Guilherme de Oliveira, *A Nova Lei do Divórcio*, 29, Cristina M. Araújo Dias, *O crédito pela compensação do trabalho doméstico*, 223 e 224, e Cristina M. Araújo Dias, *Uma Análise do Novo Regime*, 77 e 78.



CAPÍTULO II  
**Montante**





PARTE A

# Crédito Compensatório



## 1. Objecto da compensação

Ao nível da determinação do seu montante, o crédito compensatório previsto no artigo 1676.º, n. 2, não beneficia de uma clara opção legal no sentido de demarcar este nível da definição de um método para o obter, nem sequer da enumeração dos elementos auxiliares de determinação da medida, como se prevê, por exemplo, desde há muito no quadro do instituto dos alimentos ou como encontramos no contexto de instrumentos compensatórios congéneres (ainda que não prossigam necessariamente os mesmos objectivos do crédito compensatório), como a *prestation compensatoire* francesa<sup>1441</sup> ou a *compensación* espanhola<sup>1442</sup>, que apresentam listas de critérios de quantificação de conteúdo aproximado<sup>1443</sup>.

Na formulação do artigo 1676.º, n. 2, encontramos apenas os pressupostos subjacentes ao direito ao crédito compensatório – a verificação de uma contribuição excessiva para a vida familiar por parte do requerente, que implicou a renúncia excessiva à satisfação dos seus interesses, de modo a produzir prejuízos patrimoniais importantes. E concluímos na nossa análise que o crédito compensatório da lei portuguesa visa precisamente a compensação de prejuízos que resultam da existência daquele investimento específico no casamento. Assim, para determinarmos o montante que o cônjuge que é seu titular terá direito a receber, há que atribuir um valor ao prejuízo sofrido naqueles termos. Ora, na ausência de uma regra enunciada legalmente, há que procurar perceber qual a forma de determinação dos “prejuízos patrimoniais importantes” sofridos mais conforme com as opções do legislador.

---

<sup>1441</sup> O artigo 271 do *Code Civil* procede a uma enumeração indicativa de tais elementos, entre os quais se contam as necessidades do requerente e os recursos do requerido, tendo em conta a situação no momento do divórcio e a sua evolução num futuro previsível e tomando em consideração, nomeadamente, a duração do casamento, a idade e estado de saúde dos cônjuges, a sua qualificação e situação profissionais, as consequências das escolhas profissionais feitas por um dos cônjuges durante a vida comum para educação dos filhos e o tempo que ainda lhe é necessário consagrar a tal ou feitas para favorecer a carreira do seu cônjuge em detrimento da sua, o património estimado ou previsível dos cônjuges, tanto capital como rendimentos, depois da liquidação do regime matrimonial, os direitos existentes ou previsível e a sua situação respectiva em matéria de pensões de reforma.

<sup>1442</sup> Cf. artigo 97 do Código Civil espanhol determina que na falta de acordo dos cônjuges o juiz tenha em conta as seguintes circunstâncias para determinar a *compensación*: acordos dos cônjuges, idade e estado de saúde, a qualificação profissional e as probabilidades de acesso a um emprego, a dedicação passada e futura à família, a colaboração com o seu trabalho nas actividades comerciais, industriais ou profissionais do outro cônjuge, a duração do casamento e da convivência conjugal, a eventual perda de um direito a pensão, os meios económicos e as necessidades dos cônjuges, bem como qualquer outra circunstância relevante.

<sup>1443</sup> Cf. também a S. 25 do MCA 1975.

Partimos da ideia (que já tratámos) de que não se trata meramente de reembolsar ou de remunerar o requerente por esta contribuição excessiva<sup>1444</sup>, mas de determinar o impacto que a contribuição desproporcionada teve na vida patrimonial do requerente e compensá-lo. E, assim, a utilização do termo “prejuízo” não pode reconduzir-se apenas ao conceito de dano emergente, mas terá de abranger aquilo que o requerente deixou de obter em função da situação descrita na *fattispecie* do artigo 1676.º, n. 2<sup>1445</sup>. Importa, então, concretizar quais estes “prejuízos” que advêm da forma como os cônjuges conformaram o casamento e que, na formulação da lei portuguesa, foram causados porque um deles “renunciou de forma excessiva à satisfação dos seus interesses em favor da vida em comum”, renúncia esta que possibilitou a sua sobre-contribuição para os encargos da vida familiar. Assim, haverá que comparar a situação real do cônjuge mais diligente com aquela em que se encontraria na ausência do seu comportamento contributivo para o casamento, que só poderá ser determinada traçando o *percurso hipotético* deste cônjuge. E, assim, haverá que determinar quais os quadrantes deste percurso sobre os quais nos devemos debruçar.

### 1.1. PERDA DA CAPACIDADE DE GANHO

Ora, vários estudos relevantes que se detêm sobre a identificação das desvantagens relacionadas com o casamento têm consistentemente eleito a *perda de capacidade de ganho* como o prejuízo mais relevante neste âmbito<sup>1446,1447,1448</sup>. A

<sup>1444</sup> Ao debruçar-se sobre a ideia de compensação das desvantagens criadas pela relação, a Baronesa Hale of Richmond traça dois caminhos possíveis: o de se dirigir aos ganhos que se deixou de ter pela assunção do cuidado; o de ser paga uma remuneração relativamente aos serviços prestados, que seria determinada em função do custo de contratar tais serviços no mercado. E menciona que os autores que acreditam que também este cônjuge retira benefícios deste serviço defendem que só metade deveria ser reembolsada. Jonathan Herring, *Family Law*, 215.

<sup>1445</sup> No artigo 564.º do Código Civil, referente ao cálculo da indemnização no âmbito da obrigação de indemnizar geral, o termo “prejuízo” (“prejuízo causado”) parece identificar-se com o dano emergente, já que os “benefícios que o lesado deixou de obter em consequência da lesão” serão o lucro cessante.

<sup>1446</sup> A opção por esta avaliação de um percurso hipotético do requerente foi aventada inicialmente pelo *American Law Institute* ao determinar a forma como deveriam ser definidos os seus *compensatory payments*, mas centrou-se essencialmente, na esteira dos estudos de Ellman, na perda da capacidade de ganho. Ira Mark Ellman, *The Theory of Alimony*, 49. Na verdade, Ellman identifica como a principal consequência financeira residual que advém do comportamento economicamente racional dos cônjuges durante o casamento a perda da capacidade de ganho – a redução da capacidade que teria se não tivesse casado. Daí que os seus pagamentos visem a igualização de prejuízos (não de rendimentos) pós-divórcio como forma de impedir que a conduta conjugal seja distorcida pela ausência de redistribuição da perda da capacidade de ganho em caso de divórcio. Ira Mark Ellman, *The Theory of Alimony*, 50. Assim, segundo o princípio 1 da sua proposta, só tem direito à compensação quem efectuou um investimento conjugal que resultou numa perda de capacidade de ganho pós-conjugal. Para o determinar, há que comparar a situação económica no fim do casamento com a que teria se não fosse casado. Por regra, estabelece-se que há direito a recuperar o valor por inteiro da capacidade de ganho perdida (cf. Princípio 2.2). Todavia, em consonância com a teoria de Ellman, só são compensáveis perdas de capacidade de ganho que resultem de comportamento financeiramente responsável (cf.

centralidade da perda da capacidade de ganho também foi objecto de um tímido reconhecimento por parte do legislador português, que parece remeter para esta realidade – ainda que de forma enviesada, no plano de uma tentativa de definição do que é a renúncia excessiva aos interesses – ao referir-se à “vida profissional” (artigo 1676.º, n. 2). Ora, a renúncia à satisfação dos interesses no âmbito da vida “vida profissional” pode ser enquadrada em diferentes contextos, como vimos, e, deste modo, os prejuízos que daí advêm podem assumir uma amplitude diferente consoante os esquemas de organização da vida familiar e profissional<sup>1449</sup>.

Na verdade, como vimos, pode ter havido renúncia total a uma actividade profissional, esta pode ter sido assumida apenas a tempo parcial, pode ter-se efectuado a opção por uma profissão menos exigente de modo a libertar mais tempo para a vida familiar ou aceitado um desenvolvimento mitigado por esses motivos (devido, por exemplo à renúncia a formação ou progressão na carreira que interferisse com a gestão familiar e doméstica). Mas também podemos estar perante o pleno desenvolvimento de uma actividade profissional na prática, sem que assuma essa autonomia por se tratar da colaboração na actividade do outro cônjuge. Na verdade, é possível o exercício de facto de uma profissão, sem que esteja enquadrada pelas regras do mercado e, portanto, não beneficiando das mencionadas contrapartidas que lhe são inerentes, nem correspondendo verdadeiramente a um posto de trabalho. Aqui também há *perda de capacidade de ganho*, embora a extensão possa ser diversa. É certo que o cônjuge colaborador beneficiou também no seio da vida familiar do nível de vida acrescido para que a sua colaboração contribuiu. Não se trata, todavia, de partilhar esse rendimento adicional ou até o património que se adquiriu em virtude de tal afluxo – que pode mesmo receber resposta ao nível do funcionamento das regras do regime de bens –, mas de

---

Princípio 2), pelo que, se não há um incremento, não há direito a compensação. Envereda-se, assim, pela justificação de que estas prestações visam corrigir a distribuição distorcida do investimento conjugal e não torná-lo isento de risco. Se, todavia, a perda de capacidade de ganho se deu por se ter assumido a responsabilidade primária pelo cuidado dos filhos, o cônjuge requerente só tem direito a metade da perda de capacidade de ganho (cf. Princípio 3), no sentido em que a divisão de custos de ter filhos é feita igualmente quando o casamento termina. Ira Mark Ellman, *The Theory of Alimony*, 53 ss.

<sup>1447</sup> Joan M. Krauskopf, *Comments on Income Sharing*, 417.

<sup>1448</sup> June Carbone, *The futility of coherence*, 77-78.

<sup>1449</sup> Além disso, na exposição de motivos do Projecto de lei n.º 509-X, à laia de Preâmbulo de uma versão diferente do artigo 1676.º, n.º 2, a penalização na progressão das carreiras profissionais femininas aparece-nos como foco do problema que o crédito compensatório se dirige a obviar. Exposição de motivos do Projecto de lei n.º 509-X. Com efeito, sabe-se que as carreiras profissionais femininas são muitas vezes penalizadas na sua progressão porque as mulheres, para atender aos compromissos familiares, renunciam por vezes a desenvolver outras actividades no plano profissional que possam por em causa esses compromissos. Ora, quando tais renúncias existem, e por desigualdades de género não são geralmente esperadas nem praticadas no que respeita aos homens, acabam, a prazo, por colocar as mulheres em desvantagem no plano financeiro.

compensar os prejuízos que a assunção de tais responsabilidades *de forma excessiva* implicou.

Por fim, poderá existir *perda de capacidade de ganho se*, por exemplo, um dos cônjuges resolve assumir exclusivamente o sustento do lar conjugal, para permitir que o outro prossiga os seus estudos e avance na sua formação. Ainda que inserido no mercado de trabalho – recebendo os mencionados salários e contribuindo para a Segurança Social – é possível que sofra perdas na sua capacidade de ganho se, em virtude dos planos de educação do outro, abdicou ou atrasou os seus próprios ou renunciou a desenvolvimentos profissionais favoráveis para ser fiel ao projecto familiar<sup>1450</sup>.

Mas em que pode traduzir-se a “perda de capacidade de ganho” no âmbito do crédito compensatório do artigo 1676.º, n. 2?

O nosso direito tem lidado amiúde com a perda de capacidade de ganho no contexto do dano corporal, tendo surgido uma jurisprudência rica a este propósito<sup>1451</sup>. No âmbito do dano corporal, no entanto, o decisor pode hoje lançar mão de critérios orientadores na determinação das indemnizações, através da indexação a parâmetros pré-estabelecidos por lei<sup>1452</sup>. Esta âncora decisória não é, todavia, mobilizável para a perda de capacidade de ganho que decorre da situação prevista no artigo 1676.º, n. 2, nem as categorias de danos visadas são directamente transponíveis para o nosso contexto.

---

<sup>1450</sup> V. . Ira Mark Ellman, *The Theory of Alimony*, 24 e a sua referência ao caso *Pyeatte v. Pyeatte*, 661 P. 2d 196 - Ariz: Court of Appeals, 1st Div., Dept. B 1982.

<sup>1451</sup> Para uma análise desta jurisprudência até 2005, ver Armando Braga, *A Reparação do Dano Corporal na Responsabilidade Civil Extracontratual*, Coimbra, Almedina, 2005. Mais recentemente, v. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 04.06.2015 (Maria dos Prazeres Beleza) (Proc. 1166/10.7TBVCD.P1.S1) e Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 21.03.2013 (Salazar Casanova) (Proc. 565/10.9TBPVL.S1) ([www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt))

<sup>1452</sup> Joaquim José de Sousa Dinis, *Avaliação e Reparação do Dano Patrimonial*, 29 e 30. O primeiro passo neste sentido no ordenamento com o Decreto-lei n. 83/2005, de 3 de Maio. Em 2007, dois diplomas assumiram um papel fundamental: o Decreto-lei n. 291/2007, de 21 de Agosto, que transpôs a Directiva n. 2005/14/CE e 11 de Maio, tendo em vista a regularização do dano corporal nos sinistros rodoviários, autonomizando este tipo de dano; e o Decreto-lei n. 352/2007, de 23 de Outubro, que introduziu a Tabela de Avaliação de Incapacidades Permanentes em Direito civil, complementado pelo estabelecimento dos valores orientadores para indemnização da Portaria n. 377/2008, de 26 de Maio. A Portaria n. 679/2009, de 25 de Junho, não só actualizou os valores da sua antecessora, mas veio igualmente suprir uma lacuna na fórmula de cálculo dos danos patrimoniais futuros e estendeu o direito a indemnização aos lesados ainda sem profissão habitual, bem como reviu extraordinariamente o montante da incapacidade permanente absoluta para o jovem que não iniciou actividade laboral. Sobre a função da portaria, ver Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 26.09.2013 (Távora Vítor) (Proc. 5505/05.4TVLSB.L1.S1).

Podemos, todavia, pensar nos efeitos danosos que a factualidade descrita no artigo 1676.º, n.2, tem na possibilidade de obtenção normal do produto do trabalho, eventualmente até ao momento da reforma ou da cessação desta actividade laboral. Isto implica uma projecção no futuro da sua capacidade de trabalho, tendo em conta a possibilidade de futuras promoções, aumentos e melhoria nas habilitações e capacidades. Tal exige um cálculo complexo, que procure determinar uma previsível evolução da carreira na ausência do enquadramento matrimonial que determinou o seu estado actual, e que tome como ponto de partida o perfil profissional do cônjuge requerente – as suas aptidões, habilitações e experiência – e o recurso aos actuais valores de mercado e de evolução salarial, para determinar o rendimento perdido no futuro<sup>1453</sup>.

#### 1.2. OUTROS PREJUÍZOS PROFISSIONAIS

A lei portuguesa, todavia, não limitou o seu crédito compensatório à perda de capacidade de ganho, como vimos. Estão em causa todos os prejuízos patrimoniais importantes que resultem das renúncias efectuadas em função da prestação de uma contribuição excepcional para a vida familiar. Na verdade, ainda que nos continuemos a mover no âmbito do prejuízo profissional<sup>1454</sup>, este é mais amplo do que a perda de capacidade de ganho<sup>1455</sup>.

Assim, podemos autonomizar relativamente a esta a própria diminuição ou ablação da capacidade de trabalho. Esta pode advir, por exemplo, de doenças ou acidentes sofridos em virtude da colaboração prestada na empresa, negócio ou actividade profissional do cônjuge. Pense-se, por exemplo, em doenças profissionais incapacitantes<sup>1456</sup> que emergem da colaboração na actividade profissional do outro cônjuge e que impeçam o exercício de uma profissão<sup>1457</sup>. Podemos também

---

<sup>1453</sup> Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 12.12.2002 (Silva Salazar) (Proc. 02A3627), Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 21.12.2010 (Falcão de Magalhães) (Proc. 1601/08.4TBVIS.C1), Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 23.10.2003 (Salvador da Costa) (Proc. 03B3071), Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 28.02.2002 (Garcia Marques) (Proc. 01A4399), Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 02.12.2010 (Raul Borges) (Proc. 2519/06.0TAVCT.G1.S1). Todavia, pela negativa, encontramos o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 01.10.2009 (Sousa Fonte) (Proc. 91/01.7GTLRA.C1.S1)(todos disponíveis em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)).

<sup>1454</sup> Cf. Guilherme de Oliveira, *Dois numa só carne*, 10.

<sup>1455</sup> Tone Sverdrup, *Compensating Gain and Loss*, 481.

<sup>1456</sup> Assim, no contexto do crédito compensatório, também podemos configurar um dano directo de que resulte uma perda da capacidade de trabalho. E é este que é enquadrável na tabela nacional de incapacidades.

<sup>1457</sup> Heinz Hausheer, *Berner Kommentar* (art. 165), 257.



considerar o prejuízo de abandonar a educação, que não permite aceder a determinadas profissões ou carreiras, que estariam na calha face ao seu percurso anterior.

É ainda configurável a perda que pode resultar do eventual desaparecimento de uma situação de trabalho produtora ou potencialmente produtora de ganho. E há que incluir as remunerações que deixou de auferir<sup>1458</sup>. Isto é evidente para os casos da colaboração na actividade profissional do outro cônjuge que não teve qualquer contrapartida<sup>1459</sup>, mas também pode ser pensada para a profissão de que se desistiu. Ao contrário da perda de capacidade de ganho, aqui está em causa uma avaliação retrospectiva.

Por fim, é necessário ter em conta a ausência ou a formação diminuída de direitos sociais<sup>1460</sup>, expectativas face à segurança social, entre as quais se destacam as pensões de reforma<sup>1461</sup>, cuja relevância actualmente assumida justificou que fossem autonomizadas como factores de cálculo do montante tanto pela *compensación espanhola* como no âmbito da *prestation compensatoire* francesa<sup>1462</sup>.

### 1.3. PREJUÍZOS DERIVADOS DA CONTRIBUIÇÃO COM BENS E RENDIMENTO

Aceitámos também que a contribuição consideravelmente superior mobilizável para efeitos do artigo 1676.º, n. 2, fosse realizada não só através da assunção de actividade ou responsabilidades no seio da vida familiar, mas também através de *apports* de outra índole, nomeadamente da disponibilização de bens e rendimentos dos cônjuges<sup>1463</sup>. Quanto a estes contributos, concluímos, porém, que

<sup>1458</sup> Embora o funcionamento do regime de bens possa convertê-las em bens comuns.

<sup>1459</sup> Heinz Hausheer, *Berner Kommentar (art. 165)*, 257.

<sup>1460</sup> Maria João Vaz Tomé lembra que o direito à pensão de reforma representa “uma importante forma de riqueza pessoal e familiar”, sendo, para muitas famílias, “a maior e mais importante poupança realizada durante a vida activa de um ou de ambos os cônjuges”. Maria João Vaz Tomé, *O direito à pensão*, p. 13.

<sup>1461</sup> Heinz Hausheer, *Berner Kommentar (art. 165)*, 257.

<sup>1462</sup> Myriam Doucet, *Pour une meilleure prise en compte de la retraite*, 35. Note-se, todavia, que apesar de, no sistema francês, se prever desde as modificações operadas ao regime da reforma pela Lei de 9 de Novembro de 2010 (Lei n.º 2010-1330), que é a própria caixa de pensões a comunicar o valor da reforma que o cônjuge desfavorecido teria obtido se tivesse permanecido no seu percurso profissional, facilitando-se a obtenção de informação sobre os seus direitos, sua possível evolução e simulação de um montante potencial da futura pensão, a verdade é que só o período em que o cônjuge não trabalhou é considerado neste cálculo. Ora, como Doucet sublinha, o prejuízo não se limita apenas ao período em que não trabalhou, mas estende-se ao percurso profissional, em que se obteve um salário (e portanto cotizações) inferiores e perspectivas de evolução reduzidas.

<sup>1463</sup> Heinz Hausheer, *Berner Kommentar (art. 165)*, 266.

na avaliação em concreto do seu carácter “consideravelmente superior” ao devido e do grau excessivo das renúncias implicadas, haveria que utilizar de especial exigência. Ultrapassado este obstáculo, todavia, pode vir a ser considerado como prejuízo patrimonial importante o que resultou da destruição ou depreciação de um bem utilizado para responder aos encargos da vida familiar ou os lucros cessantes implicados pela renúncia à rentabilização previsível no mercado desses bens.

#### **1.4. PREJUÍZOS DERIVADOS DA CONTRIBUIÇÃO REALIZADA POR UM DOS CÔNJUGES DIRECTAMENTE PARA A FORMAÇÃO OU EDUCAÇÃO DO OUTRO CÔNJUGE**

Há, todavia, no plano internacional, uma específica contribuição financeira que tem sido alvo de uma atenção particular, chegando a suscitar tratamento autónomo<sup>1464</sup>. Trata-se da contribuição realizada por um dos cônjuges directamente para a formação ou educação do outro cônjuge. Assim, discute-se o tipo de compensação que este investimento deve convocar. É avançada a possibilidade do mero reembolso a uma taxa nominal, mas esta proposta enfrenta a crítica de que o investimento na carreira do cônjuge é mais arriscado do que a aplicação num banco. Propõe-se também o reembolso calculado a uma taxa de juro normalmente superior à taxa nominal e que poderia mesmo chegar a significar comungar dos benefícios do grau assim obtido<sup>1465</sup>. Não é esta, todavia, a opção da lei portuguesa, segundo nos parece. Não está em causa criar uma forma de fazer os cônjuges comungar dos rendimentos como se o casamento não tivesse cessado, mas pô-los na situação em que estariam não fosse o desenvolvimento da relação matrimonial nos termos em que se deu.

#### **1.5. PREJUÍZOS “PATRIMONIAIS” INDIRECTOS**

Por fim, o facto de um cônjuge se pôr numa situação que permite um contributo excessivo para os encargos da vida pode ainda implicar renúncias de outra natureza, que também identificámos. Entre estas conta-se abdicar de tempos de descanso e lazer que podem ter consequências graves na saúde desse cônjuge.

<sup>1464</sup> Cf. S§5.12 dos *Principles of the Law of Family Dissolution* do ALI.

<sup>1465</sup> Para uma síntese destas posições, ver June Carbone, *Economics, Feminism*, p. 1484, nota 89.

Pense-se, por exemplo, em esgotamentos ou depressões por prestação de cuidados a familiares dependentes. Sabemos que o crédito compensatório de que tratamos se dirige apenas a “prejuízos patrimoniais”. Mas é certo que aqui, além dos danos não patrimoniais, também podemos encontrar danos patrimoniais. Pense-se nas despesas acrescidas que o cônjuge requerente tenha em função de doenças ou lesões sofridas para levar a cabo a sua sobre-contribuição. Mencionámos já as doenças profissionais causadas no âmbito da colaboração na actividade profissional do cônjuge como fonte de incapacidade para o trabalho, mas há também prejuízos de outra índole – despesas com consultas, terapias, medicação – que constituem prejuízos patrimoniais compensáveis. E tal pode dar-se tanto no exercício da colaboração como na prestação de cuidados no lar.

#### 1.6. DANO FUTURO E PERDA DE CHANCE

Todos os prejuízos compensáveis terão de surgir em virtude da contribuição do cônjuge prestada *no contexto do casamento*. Excluem-se assim do âmbito do crédito compensatório português as sequelas da assunção do cuidado dos filhos *pós-divórcio*<sup>1466</sup>. Não é isto que acontece no âmbito da *compensación* espanhola, que, no artigo 97 do Código Civil, faz figurar entre os elementos determinantes desta medida “a dedicação passada e *futura* à família”, como reconhece a sua jurisprudência mais recente<sup>1467</sup>.

O facto de nos reportarmos ao passado matrimonial diz respeito à *fonte* do prejuízo. Este prejuízo, todavia, pode vir a manifestar-se mais tarde e, na medida em que seja *previsível*<sup>1468</sup>, deve ser contemplado em sede de crédito compensatório<sup>1469</sup>. As normas gerais da responsabilidade civil, que nos servem aqui de referência, prevêm, em todo o caso, que, se o valor exacto dos danos não puder ser averiguado, haja recurso a juízos de equidade (o artigo 566.º, n. 3). Tal é possível para a

<sup>1466</sup> As consequências deste cuidado são passíveis de receber uma resposta alimentar, como veremos.

<sup>1467</sup> V. Sentencia nº 369/2014 de Tribunal Supremo, Sala 1ª, de lo Civil, 3 de Julio de 2014, in <http://supremo.vlex.es/vid/-520648978>, que inclusivamente estendeu este tratamento a caso em que estava em causa filho maior de idade do casal.

<sup>1468</sup> É esta a solução, em sede de responsabilidade civil, nos termos do artigo 563.º e 564.º do Código Civil.

<sup>1469</sup> O artigo 271 do Code civil refere-se a um *avenir prévisible*.

determinação da extensão do dano, mas, como explica JÚLIO GOMES, não da sua própria existência<sup>1470</sup>.

Vimos, porém, que quando o dano não seja ressarcível a não ser ao abrigo da figura da perda de chance, a possibilidade da sua aceitação em coerência com as opções gerais do sistema de responsabilidade civil enfrenta fortes resistências. Ainda assim, a abertura jurisprudencial que se tem verificado relativamente à figura justifica breves notas relativamente à determinação do seu montante.

Ora, tal como os entendimentos da figura da perda de chance são diversos, assim também o são as propostas de cálculo. Desta forma, para quem considera que é passível de ser indemnizada a perda de chance que corresponda a um patamar mínimo de probabilidade, a consistência da chance vai relevar apenas na determinação do *quantum* indemnizatório<sup>1471</sup>. Já para quem faz depender a sua ressarcibilidade da existência de uma chance séria de chegar ao resultado final (em regra, uma probabilidade que ultrapasse os 50%), deverá responder-se pela integralidade do dano. Neste último caso a consistência da chance é considerada no primeiro momento – o da admissibilidade desta indemnização<sup>1472,1473</sup>.

## 2. Cálculo do crédito compensatório

Os prejuízos assim determinados constituirão o limite superior do crédito compensatório. Todavia, o cálculo do seu efectivo montante não fica por aqui. Na

---

<sup>1470</sup> Júlio Manuel Vieira Gomes, Ainda sobre a figura do dano de perda de oportunidade, 27 e Júlio Vieira Gomes, Sobre o dano da perda de chance, 12.

<sup>1471</sup> Rute Pedro afirma que, para a posição segundo a qual estamos perante uma perda de chance ressarcível se o patamar mínimo de probabilidade for superior a 0, a consistência da chance vai relevar apenas ao nível da determinação do montante da reparação e não ao nível da determinação da própria ressarcibilidade. Rute Pedro, A Responsabilidade Civil do Médico, 216 e 217.

<sup>1472</sup> Como dá nota Rute Pedro, se for demonstrada a chance séria, que em geral se identifica com uma probabilidade que supera o valor percentual de 50%, a determinação do montante da indemnização não assumiria nenhuma especificidade, já que este deveria corresponder ao valor global proporcionado por esse resultado. Deste modo, “apreciação da consistência da chance relevaria apenas para efeitos de determinar a ressarcibilidade”. Rute Pedro, A Responsabilidade Civil do Médico, 227 e 228.

<sup>1473</sup> Entre nós, Rute Pedro defende que esta posição, todavia, “representa um aniquilamento da especificidade da espécie de dano considerada”, tanto porque “obnubila o carácter aleatório” da chance como porque “faz equivaler chances com consistência muito diversas”. Para a Autora, “parece mais correcto fazer reflectir a natureza do *quid* lesado no montante indemnizatório”, o que deverá ser feito considerando para este efeito grau de seriedade da chance perdida. Tal obtém-se através da realização de uma dupla avaliação: por um lado, determina-se a utilidade económica alcançada com a verificação de um resultado final; por outro lado, afere-se a probabilidade de o alcançar. O montante da indemnização traduz-se no valor daquela utilidade reduzida em proporção de um coeficiente que se refira a esta probabilidade. Rute Pedro, A Responsabilidade Civil do Médico, 228- 231.

verdade, à importância que seja determinada naqueles termos termos de deduzir os benefícios de que, em virtude do casamento, o cônjuge gozou<sup>1474</sup>. Não será possível aqui traçar um quadro exaustivo destes benefícios, mas há elementos que não podem ser estranhos a esta consideração.

## 2.1. ELEMENTOS DE PONDERAÇÃO

### 2.1.1. Reequilíbrios ao nível da economia doméstica

Desde logo, no próprio palco da contribuição para os encargos da vida familiar, podemos delinear alguns cenários relevantes. Pensemos, por exemplo, no nível de vida acrescido de que o cônjuge que colaborou na actividade profissional do outro gozou em virtude do aumento de rendimento que foi capaz de gerar graças a essa colaboração<sup>1475</sup> ou no facto de ter sido dispensado de contribuições domésticas em virtude da sua excepcional colaboração nestas actividades<sup>1476</sup>. Ou consideremos ainda aquilo que o cônjuge que desistiu da carreira para contribuir com o seu trabalho doméstico foi dispensado de contribuir do ponto de vista financeiro, o que não aconteceria se tivesse enveredado por uma carreira profissional própria<sup>1477</sup>.

### 2.1.2. Liberalidades

Para além destes reequilíbrios que se dão ao nível da própria organização da economia doméstica, há que ter em conta se tendo em vista a especial contribuição do requerente, o outro cônjuge realizou *liberalidades* que tivessem em vista responder a esta assimetria<sup>1478</sup>. No contexto espanhol, considerou-se já que as transferências de bens entre cônjuges com carácter gratuito devem considerar-se

---

<sup>1474</sup> Heinz Hausheer, *Berner Kommentar (art. 165)*, 257.

<sup>1475</sup> Heinz Hausheer, *Berner Kommentar (art. 165)*, 256.

<sup>1476</sup> Heinz Hausheer, *Berner Kommentar (art. 165)*, 256.

<sup>1477</sup> Para determinar o valor do crédito compensatório, segundo Cristina Araújo Dias, terá de se “apurar quanto é que o cônjuge que renunciou à sua vida profissional poderia auferir se trabalhasse ou não tivesse abandonado o seu trabalho. Depois deverá descontar-se esse valor o que esse cônjuge teria de contribuir para os encargos da vida familiar de acordo com o estipulado no n.º 1 do art. 1676.º. O prejuízo sofrido será o valor patrimonial apurado no final”. Cristina M. Araújo Dias, *Uma Análise*, 68 e 69.

<sup>1478</sup> Rita Lobo Xavier admite também esta possibilidade. Rita Lobo Xavier, *Recentes Alterações*, 55.

um pré-pagamento da compensação<sup>1479</sup>. Entre nós, RITA LOBO XAVIER exemplifica com a compra de um imóvel destinado à habitação familiar, aplicando bens próprios, no regime da separação de bens, mas que fica na titularidade de ambos, compra esta destinada a favorecer o cônjuge que efectuou a contribuição excessivamente superior ao previsto<sup>1480</sup>.

Note-se, no entanto, que a nova redacção do artigo 1791.º, n. 1<sup>1481</sup>, determina que cada cônjuge perca 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”. E tal cessação dá-se por força da lei<sup>1482</sup>, sem que seja necessário um acto de revogação da liberalidade<sup>1483</sup>. Opera aqui novamente a ideia de que o casamento não é um meio de adquirir património e que, portanto, cessando aquela relação jurídica familiar cessa a *causa* de tais efeitos<sup>1484</sup>. Ora, uma liberalidade realizada com aquele fito de compensar a contribuição excessiva parece poder furtar-se à classificação de liberalidade “em vista do casamento ou em consideração do estado de casado”<sup>1485</sup>. Na verdade, ela é realizada não em função do abstracto *status* conjugal, mas de uma específica situação que se desenvolveu durante o casamento. Para além disso, não servirá uma verdadeira intenção liberal – estará, antes, mais próxima de revestir um carácter remuneratório<sup>1486,1487,1488</sup>.

---

<sup>1479</sup> Para Isabel Miralles González as atribuições patrimoniais feitas pelo cônjuge devedor ao credor durante a vigência do regime de bens imputam-se na compensação pelo valor que têm no momento da extinção do regime (artigo 232-6, n. 2), Isabel Miralles González, La compensación económica por razón de trabajo, 14.

<sup>1480</sup> Rita Lobo Xavier, Recentes Alterações, 55

<sup>1481</sup> A solução adoptada pela Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro, obedece novamente ao imperativo do abandono da consideração da culpa dos cônjuges no âmbito do divórcio.

<sup>1482</sup> Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira, Curso, p. 691.

<sup>1483</sup> Nas liberalidades abrangidas pelo artigo 1791.º incluem-se as doações entre esposados feitas em vista do futuro casamento, as doações por terceiro tendo também em vista o casamento, as doações entre cônjuges e feitas por familiar aos cônjuges, tendo em vista a sua condição de casados e as deixas testamentárias feitas por um cônjuge ao outro. Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira, Curso, p. 690 e 691.

<sup>1484</sup> V. Exposição de motivos do projecto de lei n. 509/X, 14.

<sup>1485</sup> A doutrina tem entendido excluir também os simples “donativos conformes aos usos sociais”, em que não existe intenção liberal e cuja realização obedece a práticas sociais generalizadas, para além de, por regra, não atingirem valores consideráveis. Ver, por todos, Pires de Lima, Antunes Varela, Código Civil Anotado, IV, p. 566 e Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira, Curso, 691.

<sup>1486</sup> Cf. Rita Lobo Xavier, Limites à autonomia, 208 ss.

<sup>1487</sup> Parece-nos que valem aqui razões semelhantes às que levam a nossa doutrina a contestar a aplicação da regra da livre revogabilidade das doações (art. 1765.º, n. 1) aos casos de doações que visam compensar o donatário pela sua contribuição além do exigido para os encargos da vida familiar e a quem o regime de bens não garante vantagens patrimoniais, como defendem Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira. Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira, Curso, 460 e 461.

### 2.1.3. Compensação operada pelo regime de bens da comunhão de adquiridos. Regime de bens na partilha.

Outro dado de particular relevância é o *regime de bens* que rege a relação dos cônjuges<sup>1489</sup>. Na verdade, o regime de bens determina a titularidade dos bens do casal, distribuindo-os de acordo com as suas regras pela massa patrimonial própria de um e do outro cônjuge, e, no caso de estarmos perante um regime de comunhão, pelo património comum do casal<sup>1490</sup>.

Ora, o regime supletivo, o regime da comunhão de adquiridos, na medida em que faz entrar no património comum os bens adquiridos a título oneroso na constância do casamento e o produto do trabalho dos cônjuges, assenta na assunção de que aquilo que advém a cada um enquanto casado representa o fruto dos esforços de ambos. Significa o reconhecimento no plano jurídico das contribuições realizadas por cada um dos cônjuges para a vida familiar<sup>1491</sup>. Deste modo, o regime da comunhão de adquiridos procede indirectamente a uma retribuição pelo trabalho doméstico e cuidado dos filhos, pressupondo uma igualdade de contribuições<sup>1492</sup>. Todavia, quando tratamos do crédito compensatório, afastamo-nos precisamente desta igualdade de contribuições, porque uma delas terá de ser, de forma clara, de carácter “consideravelmente superior” ao que a regra da proporcionalidade determina. Podemos, então, pensar que um regime de âmbito comunitarista mais amplo do que o regime da comunhão de adquiridos, que beneficiasse o cônjuge mais zeloso na sua contribuição, poderia ser escolhido tendo em vista contrabalançar uma previsível sobre-contribuição e os seus efeitos. Nos regimes tipificados no Código Civil, encontramos-lo na comunhão geral, que determina, *grosso modo*, que

---

<sup>1488</sup> Heinrich Hörster equaciona a relação entre o novo art. 1791.º e a compensação do art. 1676.º, e pergunta-se se o cônjuge obrigado a devolver os benefícios recebidos tem um direito de retenção contra o outro que lhe deve compensações. Heinrich Hörster, *A responsabilidade civil entre os cônjuges*, 112, nota 32

<sup>1489</sup> Como a doutrina portuguesa também teve oportunidade de aludir. Rita Lobo Xavier, *Recentes Alterações*, 55. No âmbito da figura suíça do artigo 165 ZGB, também se sublinha este factor no cálculo do montante. Heinz Hausheer, *Berner Kommentar (art. 165)*, 256.

<sup>1490</sup> Rute Teixeira Pedro dá nota de ao regime de bens poder ser apontada uma dupla função: a primeira, de organização patrimonial, na vigência do casamento, pela aplicação do estatuto matrimonial primário (administração e disposição dos bens, regime da responsabilidade por dívidas...); a segunda, de distribuição do acervo patrimonial, aquando da cessação das relações patrimoniais entre os cônjuges em virtude da dissolução da relação matrimonial. Rute Teixeira Pedro, *A partilha do património comum do casal*, 437 e 438

<sup>1491</sup> É extensa a doutrina que se pronuncia neste sentido. Por todos, ver Adriano Paiva, *A Comunhão de Adquiridos*, 136 ss.

<sup>1492</sup> Maria João Vaz Tomé, *O direito à pensão*, 192.

todos os bens presentes e futuros dos cônjuges integrem o património comum (artigo 1732.º). Mas, em virtude do princípio da liberdade no âmbito dos regimes de bens, é possível, num exercício da autonomia de vontade, moldar um regime mais comunitarista do que a comunhão de adquiridos, sem recorrer ao figurino da lei.

Ora, face à lei actual, uma tal escolha de regime de bens mais marcadamente comunitarista produziria os seus efeitos na constância do casamento, classificando a propriedade dos bens e condicionando os efeitos patrimoniais do casamento (desde os poderes de administração e disposição até à responsabilidade por dívidas) em função dessa natureza, mas já perderia a sua relevância em sede de partilha dos bens em caso de divórcio<sup>1493</sup> – a circunstância que precisamente enquadra o crédito compensatório. De facto, a nova redacção do artigo 1790.º determina que na partilha, em caso de divórcio, nenhum dos cônjuges poderá receber mais do que receberia se o casamento tivesse sido celebrado segundo o regime da comunhão de adquiridos<sup>1494</sup>. Assim, com as modificações introduzidas pela Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro, a lei abandona a pretensão de favorecer ou, pelo menos, de não prejudicar um inocente e castigar um culpado do ponto de vista patrimonial<sup>1495</sup>. Elege agora como objectivo evitar que o “divórcio se torne um meio de adquirir bens” que extravasem a partilha daquilo que se obteve através do esforço comum durante o casamento, “justa partilha” que identifica com a que resulta do regime da comunhão de adquiridos<sup>1496</sup>.

Com a nova redacção da lei, a solução da partilha segundo o regime da comunhão de adquiridos parece aplicar-se na sequência de qualquer das modalidades de divórcio, como a formulação literal (“em caso de divórcio”) e a inserção sistemática (nos “efeitos do divórcio”) apontam<sup>1497</sup>.

---

<sup>1493</sup> Assim, nota Rita Lobo Xavier, o próprio regime passa a ter uma disciplina durante o casamento, para o caso de dissolução por morte e para a dissolução por divórcio. Rita Lobo Xavier, *Recentes Alterações*, 34. Guilherme de Oliveira justifica esta diferença de regimes no facto de “O plano matrimonial não subsiste com o divórcio; mas subsiste no outro caso até à morte”. Guilherme de Oliveira, *A nova lei*, 18.

<sup>1494</sup> No sentido de que a regra do artigo 1790.º opera apenas em termos de valor, ver Rute Teixeira Pedro, *A partilha do património comum do casal*, 449.

<sup>1495</sup> Neste sentido, v. Pereira Coelho, Guilherme de Oliveira, *Curso*, 672, 673, Guilherme de Oliveira, *A nova lei*, 18, Rita Lobo Xavier, *Recentes Alterações*, 35, Cristina M. Araújo, *A partilha dos bens do casal*, 26.

<sup>1496</sup> Cf. Exposição de motivos do Projecto de lei 509-X, 14.

<sup>1497</sup> Neste sentido, também Rita Lobo Xavier, *Recentes Alterações*, 35, que nota que a inserção sistemática aparentemente coloca esta norma no âmbito de todas as modalidades de divórcio. Todavia, que na doutrina, Capelo de Sousa defende a interpretação restritiva desta norma de molde a que valha apenas nos casos de “divórcio litigioso”. Capelo de Sousa, *Os direitos sucessórios do cônjuge sobrevivente*, 1021.



Mas, poderá ser afastada pela vontade das partes? Na vigência da anterior lei, PEREIRA COELHO e GUILHERME DE OLIVEIRA escreviam que o artigo 1790.º parecia “ter carácter imperativo, sendo nula a partilha em que o cônjuge recebesse mais do que aquele montante” e que o cônjuge inocente ou menos culpado não poderia renunciar à protecção que esta norma lhe facultava, embora não afastassem a possibilidade de, feita a partilha, o ex-cônjuge ser beneficiado em doação ou testamento<sup>1498</sup>. Face à nova redacção, CAPELO DE SOUSA continua a referir-se ao carácter imperativo do artigo 1790.º<sup>1499</sup>, mas RITA LOBO XAVIER admite a possibilidade de os ex-cônjuges, por acordo, procederem à partilha segundo o regime convencionado, embora considere que a regra do artigo 1790.º não pode ser afastada em convenção antenupcial<sup>1500</sup>. Em nossa opinião, deixaram de valer as razões de protecção do cônjuge inocente ou menos culpado que justificavam a imperatividade da norma e a sua nova *ratio* – evitar o enriquecimento alheio ao esforço conjunto, num contexto em que considerações de merecimento ou desmerecimento ligados à condutas dos cônjuges não são jogadas – não é de molde a justificar uma solução que não possa ser afastada pela vontade das partes. Podemos pensar, então, à luz da situação de que tratamos, na possibilidade de se prever *expressamente* um regime mais comunitarista como forma de compensar pelo trabalho doméstico ou pelo cuidado dos filhos<sup>1501</sup>, afastando-se depois a solução do artigo 1790.º.

Este entendimento iria em contra-corrente, apaziguando as críticas à restrição da autonomia dos cônjuges que esta norma implica e que encabeçam as reacções à nova versão do artigo 1790.º<sup>1502</sup>. É certo que estes têm um fundamento incontornável, já que a partilha se realizará segundo um regime diferente do convencionado, ao arrepio da vontade expressa dos cônjuges em convenção antenupcial, quando o regime escolhido tenha um acento mais comunitarista do que o regime da comunhão de adquiridos. Mas abrir-se-ia, com esta perspectiva, um espaço diferente (mais limitado, mas fundamentado) ao exercício da autonomia conjugal.

---

<sup>1498</sup> Pereira Coelho; Guilherme de Oliveira, Curso, 673.

<sup>1499</sup> Capelo de Sousa, Os direitos sucessórios do cônjuge sobrevivente, 1021.

<sup>1500</sup> Rita Lobo Xavier, Recentes Alterações, 35.

<sup>1501</sup> Clara Sottomayor considera, aliás, que esta solução não está em conformidade com o espírito da reforma que, ao facilitar o divórcio, viria exigir uma maior planificação dos efeitos patrimoniais deste por parte dos cônjuges. Clara Sottomayor, Uma análise, 2010, p. 20, nota 11. Esta tendência de reforço da autonomia privada tinha, aliás, já sido sublinhada por Rita Lobo Xavier, Limites à autonomia, 26 ss.

<sup>1502</sup> Vejam-se Rita Lobo Xavier, Recentes Alterações, 35, Cristina M. Araújo Dias, Uma Análise, 26 e 28, Cristina M. Araújo Dias, A partilha dos bens do casal, 27. Já em momento anterior, aliás, Rita Lobo Xavier criticara a solução do então vigente 1790.º. Rita Lobo Xavier, Limites à autonomia, 418.

Ao lado desta crítica, ensombra também o regime a potencialidade do seu funcionamento vir a prejudicar o cônjuge mais desfavorecido<sup>1503</sup>, inclusivamente aquele que possa ter sempre sido fiel ao compromisso conjugal<sup>1504</sup>, já que este juízo é agora alheio ao contexto do divórcio<sup>1505</sup>. É uma crítica a que GUILHERME DE OLIVEIRA responde contrapondo o facto de já face à versão anterior do artigo 1790.º esta protecção ser “ilusória”, atendendo aos pressupostos cumulativos que teriam de ser preenchidos para que esta funcionasse<sup>1506</sup>. Ora, a desprotecção de um cônjuge dela merecedor a que o novo artigo 1790.º conduziria (agora entendido como não como o cônjuge inocente, mas como o cônjuge especialmente diligente na sua contribuição para o casamento) pode ser temperada pela consideração da situação concreta do cônjuge que mais contribuiu em sede de regime de bens a operar no caso de partilha por divórcio.

É certo que o legislador poderia ter feito a opção diferente de, ao mesmo tempo que se desligava da declaração de culpa dos cônjuges, remeter a partilha após o divórcio, sem mais, para o regime de bens convencional. Vingou, todavia, o propósito de “despatrimonialização” do casamento e do divórcio<sup>1507</sup> que se entendeu traduzir-se no facto de o acervo de bens comuns de maior extensão que pode ser objecto de partilha em caso de divórcio – e que podemos considerar para efeitos de cálculo do montante do crédito compensatório – ser o que resulta das regras da comunhão de adquiridos.

#### **2.1.4. Ausência de outros mecanismos de compensação. Os exemplos do *Versorgungsausgleich* e da *indenità di fine rapporto*.**

---

<sup>1503</sup> Rita Lobo Xavier, *Recentes Alterações*, 35, Cristina M. Araújo Dias, *Uma Análise*, 28 e Capelo de Sousa, *Os direitos sucessórios do cônjuge sobrevivente*, 1021.

<sup>1504</sup> Já em momento anterior, aliás, Rita Lobo Xavier criticara a solução do então vigente 1790.º, quando esta se destinava a sancionar o cônjuge culpado, refutando que se deva fazer a partilha segundo um regime diferente do convencional. Rita Lobo Xavier, *Limites à autonomia*, 418.

<sup>1505</sup> Rita Lobo Xavier trata da importante questão da aplicação da lei no tempo e, para não frustrar as legitimamente fundadas expectativas dos cônjuges, propõe que esta solução não se aplique aos casamentos celebrados depois da sua entrada em vigor, ou, relativamente aos casamentos anteriores, só permita excluir do património comum sujeito a partilha os bens que nele entraram depois do início da vigência da lei. Rita Lobo Xavier, *Recentes Alterações*, 35.

<sup>1506</sup> Guilherme de Oliveira, *A nova lei*, 18.

<sup>1507</sup> Um testemunho de tal movimento pode já encontrar-se no passado na escolha do regime da comunhão de adquiridos como regime supletivo operada pelo actual Código Civil. A este propósito, ver Guilherme Braga da Cruz, *O problema do regime patrimonial de bens supletivo*, 186, 187.

Apesar da prossecução de uma função compensatória a estes níveis, o regime de comunhão de adquiridos não abarca a partilha de determinados bens, partilha esta que poderia diminuir consideravelmente os prejuízos sofridos em virtude do desenrolar da relação matrimonial. O património objecto de partilha continua a ser entendido de forma tradicional, pelo que elementos que compõem a *new property*<sup>1508</sup>, como os benefícios sociais e, em particular, a pensão de reforma, não são contemplados<sup>1509</sup>.

A solução anglo-saxónica do modelo introduzido pela *Welfare Reform and Pensions Act* de 1999 consagrou a noção de partilha de pensões no sistema inglês. Esta partilha não é necessariamente igualitária, mas permite a obtenção de uma percentagem dos direitos à pensão do ex-cônjuge, que passam a ser titulados pelo requerente (S. 25 (8) do Matrimonial Clauses Act).

No entanto, não tem de ser necessariamente o regime de bens ou a partilha *stricto sensu* a dar esta resposta. No ordenamento jurídico alemão é o mecanismo autónomo da *Versorgungsausgleich* que permite uma igualização das pensões dos cônjuges cuja disparidade é muitas vezes causada pela desigual divisão do trabalho doméstico e das carreiras profissionais dos cônjuges<sup>1510</sup>. De acordo com o §1587 BGB, que remete para a *Versorgungsausgleichsgesetz (VersAusglG)*<sup>1511</sup>, tem lugar uma igualização dos direitos pensionísticos dos cônjuges divorciados, em particular das *Rentenversicherungen* legais de sistemas de segurança como as pensões dos funcionários públicos ou de grupo profissional, de fundos de pensões empresariais (*betrieblichen Altersversorgung*) ou de pensões de velhice ou invalidez. O beneficiário da *Versorgungsausgleich* é o ex-cônjuge que é titular de expectativas previdenciais de valor mais baixo e que obtém, por esta via, o direito a obter metade da diferença relativamente àquelas que é titular o seu anterior consorte (§1 (1) VersAusglG).

---

<sup>1508</sup> Sobre a transformação do conceito de direito de propriedade, ver Cap. I B.

<sup>1509</sup> Maria João Vaz Tomé sublinha que as contribuições para a segurança social são o “fruto da colaboração conjugal da mesma forma que a retribuição em si mesma durante a vigência da relação profissional exprime o resultado dessa cooperação”, não sendo, portanto, correcto excluir este bem do património conjugal a partilhar. Maria João Vaz Tomé, O direito à pensão, 13 .

<sup>1510</sup> Nina Dethloff, Unterhalt, Zugewinn, Versorgungsausgleich, 116.

<sup>1511</sup> O regime da *Versorgungsausgleich* foi introduzido pela reforma do direito matrimonial de 1967, mas sofreu recentemente importantes modificações operadas pela *Versorgungsausgleichsgesetz (VStrRefG)* de 03.04.2009 que presentemente encerra a sua regulamentação legal.

A *ratio* subjacente à *Versorgungsausgleich* é o entendimento do casamento, em virtude da convivência, como uma comunhão assistencial na qual os cônjuges têm um direito à igual repartição do património adquirido durante a vida conjugal, especialmente o cônjuge (a mulher, tradicionalmente) que não pôde assumir, inteiramente ou em parte, uma actividade profissional e, portanto, renunciou às consequências pensionísticas que daí derivariam<sup>1512</sup>. E assim, tal como em virtude do funcionamento do regime de bens da *Zugewinnausgleich*, se partilha entre os cônjuges o incremento patrimonial verificado na constância do casamento, a *Versorgungsausgleich* permite que se partilhem os direitos pensionísticos formados no mesmo período<sup>1513</sup>. A *Versorgungsausgleich* é, todavia, por regra independente do regime de bens, mas também da necessidade que funda uma pensão de alimentos.

Também teriam relevância para efeito de cálculo do montante possibilidades como aquela aberta pelo artigo 12-bis da italiana Lei 898/70. De acordo com esta norma, o cônjuge divorciado tem direito, preenchidos determinados pressupostos, a uma percentagem da *indennità di fine rapporto* recebida pelo seu ex-consorte. A *indennità di fine rapporto* reconduz-se a toda a indemnização por cessação da relação de trabalho, que seja reconfigurável como uma quota diferida da retribuição cuja cobrança seja condicionada suspensivamente à resolução da relação de trabalho<sup>1514</sup>. A consagração deste direito tem na base o entendimento desta *indennità* como produto dos contributos realizados na constância do casamento e, portanto, imputável a ambos os cônjuges, enquanto casados<sup>1515</sup>. É, portanto, tributária da mesma lógica que subjaz à consagração do regime da comunhão de adquiridos.

O montante a receber pelo ex-cônjuge é determinado dividindo a *indennità* recebida pelo seu titular pelo número de anos de duração da relação laboral, multiplicando o resultado pelo número de anos em que esta relação coincidiu com o casamento e calculando 40% de tal importância, como resulta do artigo 12-bis (2) Lei 898/70<sup>1516</sup>. Todavia, para a obter o ex-cônjuge, terá de se preencher uma série

---

<sup>1512</sup> Nina Dethloff, *Unterhalt, Zugewinn, Versorgungsausgleich*, 116.

<sup>1513</sup> Nina Dethloff, *Unterhalt, Zugewinn, Versorgungsausgleich*, 122

<sup>1514</sup> P. Chiarito et al., *Solidarietà Post Coniugale*, 130.

<sup>1515</sup> *Ibidem*, 112

<sup>1516</sup> T. Auletta, *Diritto di Famiglia*, 262, e P. Chiarito et al., *Solidarietà Post Coniugale*, 124.

de requisitos não totalmente coincidentes com aquela *ratio*<sup>1517</sup>. O requerente não deve ter celebrado novo casamento e deve ser titular do *assegno di divorzio*, nos termos do artigo 5 da Lei 898/70.

#### 2.1.5. Ausência de compensação no regime da separação de bens

É no regime da separação de bens que o reconhecimento de um crédito compensatório a favor do ex-cônjuge assume maior relevância<sup>1518</sup>. Na verdade, no âmbito deste regime, em que não existe um património comum, mas apenas patrimónios próprios de cada um dos cônjuges, não assistimos à simbiose patrimonial comunitarista que reconhece que o esforço de cada um é o esforço de ambos. Assim, aquilo que é adquirido na constância do casamento, e inclusivamente o produto do trabalho de cada um dos cônjuges, permanece na titularidade do seu adquirente. Deste modo, os prejuízos sofridos pelo cônjuge que efectuou uma sobre-contribuição não são cobertos pela participação no património comum.

Apesar da sua particular importância no âmbito deste regime de bens, a lei não transforma o crédito compensatório num instrumento privativo do regime da separação de bens, como acontece com a compensação em virtude do trabalho doméstico do artigo 1438 do Código Civil espanhol e com as figuras homólogas da Catalunha (art. 232-5.1 do Código Civil da Catalunha) ou de Valência (artigo 13.2 da Lei da Comunidade Autónoma de Valência 10/2007 de 20 de Março).

Certo é que a determinação do montante do crédito compensatório no regime da separação de bens poderá fazer-se de forma mais pura, porque a atenção se concentra mais facilmente no primeiro momento de determinação do montante, nos prejuízos sofridos. Na verdade, não importa aqui considerar que o regime de bens apresentou uma contrapartida à contribuição acrescida. É verdade que, no decorrer da vida matrimonial, o cônjuge que a efectuou – porventura na forma de serviços domésticos – participou do nível de vida que as contribuições do outro cônjuge também permitiram. Na verdade, os deveres pessoais dos cônjuges não se alteram em função do regime de bens e a comunhão de vida não deixa de existir porque não

---

<sup>1517</sup> Para uma crítica do regime da *indennità di fine rapporto*, ver P. Chiarito, et al. *Solidarietà Post Coniugale*, 143 ss.

<sup>1518</sup> Como é, aliás, reconhecido pela nossa doutrina. Rita Lobo Xavier, *Recentes Alterações*, 52, Cristina M. Araújo Dias, *Uma Análise*, 68 e 69 e Cristina M. Araújo Dias, *O crédito*, 213 e 214.

existe comunhão ao nível do património. Todavia, face a uma mesma realidade vivida durante o casamento, se os cônjuges estiverem sujeitos a um regime de separação, à partida, o montante do crédito compensatório devido será superior ao que se calcularia no âmbito de um regime de comunhão, mormente, de comunhão de adquiridos<sup>1519</sup>.

Além dos elementos de que tratámos, que remetem para benefícios que o requerente colheu, diminuindo assim a extensão das desvantagens sofridas, podemos ainda perguntar-nos acerca da relevância de outros elementos – tenham ou não tradução económica – para o cálculo do montante do crédito compensatório.

#### **2.1.6. Culpa e conduta dos cônjuges**

Debruçámo-nos já sobre a irrelevância geral da culpa no seio do divórcio e também, em particular, para efeitos de concessão do crédito compensatório. Importa, ainda assim, questionar se, para efeitos de cálculo do montante, a *conduta* dos cônjuges durante o casamento tem algum peso. Geralmente, em sede de instrumentos compensatórios, existe indiferença relativamente a este elemento<sup>1520</sup>. A doutrina helvética, no entanto, face à compensação prevista no art. 165 ZGB, considera para efeitos de cálculo do montante a razão pela qual foi necessária uma contribuição adicional. Assim, entende HAUSHEER, que se a contribuição excessiva foi necessária em virtude da ausência de contributo, dolosa ou negligente, do outro cônjuge, se justifica uma medida maior do que se não houvesse qualquer responsabilidade deste<sup>1521</sup>.

#### **2.1.7. Duração do casamento e coabitação pré-matrimonial**

Outro elemento com uma presença relevante em sede de cálculo de pagamentos compensatórios é a duração do casamento. Aparece como critério de determinação do montante tanto na figura compensatória francesa (Artigo 271 do

---

<sup>1519</sup> Rita Lobo Xavier, *Recentes Alterações*, 55.

<sup>1520</sup> Tanto no caso das prestações compensatórias espanhola ou francesa, como da compensação do art. 165 do ZGB.

<sup>1521</sup> Heinz Hausheer, *Berner Kommentar (art. 165)*, 257.

*Code Civil*), como na *compensación* do artigo 97 do Código Civil espanhol, por exemplo. No seio destes instrumentos desempenha uma função caracterizadora do desequilíbrio económico que funda estas prestações.

Também na figura dos *compensatory payments* do *American Law Institute*, a duração do casamento é um elemento determinante. É a partir deste que se determina um dos factores da fórmula de cálculo utilizada para diferentes prestações – o “factor de duração” que aumenta com a longevidade do casamento. Para além disso, é a consideração da duração do casamento que permite criar duas categorias de casamento e determinar a autonomização de um tipo de *compensatory payments*, dirigido aos casamentos de curta duração. Neste caso, o *ALI* elege como propósito da prestação o restauro do nível de vida pré-matrimonial<sup>1522</sup>, quando um cônjuge fez sacrifícios individuais para permitir ou facilitar um propósito conjugal conjunto<sup>1523</sup>.

A curta duração do casamento, no entanto, é frequentemente utilizada no plano internacional para justificar o não reconhecimento de direito a uma compensação ou a atribuição de montantes muito baixos.

Esta aproximação era comum nos *financial settlements* do direito inglês até ao marco dos casos *White, Miller* e *McFarlane*. No *leading case Attar v Attar* determinava-se que nestas relações matrimoniais de curta duração, havia que providenciar simplesmente a possibilidade de o cônjuge “to get back on her feet”. Todavia, a lógica que agora preside às consequências da dissolução do casamento passou a ser outra - o casamento é visto como uma *partnership*, independentemente da sua duração. E, portanto, é particularmente impressionante que no caso *Miller* tenha sido concedido um montante considerável à Sr.<sup>a</sup> Miller no termo de um casamento que durou menos de três anos<sup>1524,1525</sup>.

No seio do crédito compensatório do artigo 1676,<sup>o</sup> n.<sup>o</sup> 2, a duração do casamento não é um factor expressamente assinalado. No entanto, a duração da

---

<sup>1522</sup> Nos casamentos de curta duração visa-se restaurar o nível de vida pré-marital, uma vez que o propósito é responder à disparidade inequitativa das possibilidades de cada cônjuge recuperar o nível de vida antes do divórcio e da regra geral de que as “perdas compensáveis” são partilhadas pelos cônjuges. American Law Institute, *Principles of the Law of Family Dissolutio*, 898-905.

<sup>1523</sup> Por exemplo, abandonou a sua profissão para permitir uma relocalização da família em função das oportunidades profissionais do outro cônjuge. AMERICAN LAW INSTITUTE, *Principles of the Law of Family Dissolution*, 896.

<sup>1524</sup> *Miller v. Miller* ([2006] 2 AC 618) para 55

<sup>1525</sup> Jonathan Herring, *Family Law*, 233 s.

relação está ligada à duração da contribuição e das renúncias correspondentes e portanto, também, à extensão dos prejuízos sofridos. Assim, apesar de não ter assento autónomo em sede de determinação do montante compensatório, há que tê-la em conta.

Devemos notar, todavia, que os tempos do casamento não apresentam todos a mesma relevância. Na verdade, e atentando no factor do género, tão marcante no tema que nos ocupa, a perspectiva da análise económica tem assinalado a importância do investimento inicial das mulheres no casamento. De facto, num casamento de feição mais tradicional, o investimento da mulher – que consiste não só no seu papel de gestão doméstica, mas principalmente na *produção e criação* dos filhos – é feito num momento anterior ao do marido. Assim, se o casamento termina cedo, não há oportunidade de beneficiar do reequilíbrio que seria proporcionado pelo investimento do marido. Na verdade, este sai do casamento com o investimento na sua capacidade de ganho, cujo valor de mercado não é afectado pelo divórcio<sup>1526</sup>. O investimento inicial da mulher configura-se, deste modo, como um investimento arriscado, que se confronta com o que a análise económica classifica como o “oportunismo” de uma saída precoce do marido, que beneficiou daquele investimento inicial, sem efectuar o seu contributo<sup>1527</sup>.

Note-se que, mais do que a duração do casamento, está em causa a *vida comum efectiva*, aquela que motiva os comportamentos potenciadores dos “prejuízos patrimoniais importantes”. Assim, ao contrário da obrigação de alimentos, em relação à qual pode relevar, só por si, a subsistência do instituto do casamento<sup>1528</sup>, o crédito compensatório resulta apenas da relação vivida.

Esta constatação pode fazer-nos questionar, em primeiro lugar, se deve ser tida em conta a relação matrimonial em que não houve vida comum ou esta foi escassa, porque os cônjuges permaneceram separados de facto<sup>1529</sup>. Na verdade, parece-nos que aquilo que deve ser averiguado em concreto é o facto de, além de não existir coabitação, não haver projecto de vida comum, para o qual os esforços dos cônjuges confluíssem, nomeadamente a criação e educação de filhos comuns.

---

<sup>1526</sup> Ira Mark Ellman, *The Theory of Alimony*, 42 ss.

<sup>1527</sup> Cécile Bourreau-Dubois, Myriam Doriat-Duban, *Analyse économique*, 201 ss.

<sup>1528</sup> Cf. Cap. I B.

<sup>1529</sup> Em *Krystman v. Krystman*, em 1973, considerou-se que um casamento de 26 anos não daria lugar a *ancillary relief* em virtude de o casal só ter coabitado durante duas semanas. Jonathan Herring, *Family Law*, 234.



Em segundo lugar, o facto de o crédito compensatório assentar apenas na relação vivida faz igualmente equacionar a relevância para este efeito a existência de vida comum anterior. O ambiente anglo-saxónico parece mais sensível à consideração deste *continuum*. Vejam-se os casos *W v W (Judicial Separation: Ancillary Relief)* ou *GW v RW*<sup>1530</sup>, nos quais não se estabeleceu distinção entre os períodos de convivência pré-marital e de casamento ou a opção do *ALI* de agregar os períodos de coabitação que precedem imediatamente o casamento no cálculo dos seus *compensatory payments*<sup>1531</sup>. Já no âmbito do instrumento francês, a *Cour de Cassation* teve já oportunidade de excluir expressamente este período. Também nos parece ser essa a interpretação a adoptar face ao direito português. Na verdade, no contexto da convivência análoga à dos cônjuges pré-matrimonial, os membros da união de facto não encontram a sua actuação enquadrada pelos deveres conjugais – e em particular pelo dever de contribuir para os encargos da vida familiar, de acordo com as regras dispostas no Código Civil. Todavia, podemos encontrar o mesmo tipo de comportamento contributivo e renúncias análogas no âmbito da união de facto. Tal realidade havia sido reconhecida no Decreto n. 349/X, que esteve na base das alterações legislativas ao regime da união de facto operadas pela Lei n. 23/2010, de 30 de Agosto. Nesta sede, previa-se que o tribunal, excepcionalmente, por motivos de equidade, concedesse a um dos membros da união de facto o direito a uma compensação dos prejuízos económicos graves resultantes de decisões de natureza pessoal ou profissional por ele tomadas em favor da vida em comum, na previsão do carácter duradouro da união<sup>1532</sup>. Esta solução não veio, todavia, a ser acolhida no novo diploma legal, daí que, nas situações de união de facto, as respostas a este tipo de contribuições continuem a ser dadas recorrendo a outros institutos. Nomeadamente, na jurisprudência portuguesa, tem prevalecido o recurso às regras do enriquecimento sem causa<sup>1533,1534</sup>.

---

<sup>1530</sup> Jonathan Herring, *Family Law*, 234. No entanto, em *Co v Co*, o período de coabitação anterior ao casamento não foi considerado dentro do elemento “duração do casamento”, mas como outra circunstância relevante atendível.

<sup>1531</sup> O cálculo dos *compensatory payments* do *ALI* considera a possibilidade de agregação dos períodos de coabitação que precedem imediatamente o casamento. Assim, não darão fundamento para uma pretensão autónoma, ao abrigo do capítulo 6 dos *Principles of the Law of Family Dissolution*, mas são fundidos nas pretensões de origem conjugal. AMERICAN LAW INSTITUTE, *Principles of the Law of Family Dissolution*, 821.

<sup>1532</sup> Artigo 5.º-A, n.º 4, do Decreto n. 349/X: “No momento da dissolução, e na falta de disposição legal aplicável ou de estipulação dos interessados, o tribunal, excepcionalmente, por motivos de equidade, pode conceder a um dos membros o direito a uma compensação dos prejuízos económicos graves resultantes de decisões de natureza pessoal ou profissional por ele tomadas, em favor da vida em comum, na previsão do carácter duradouro da união”.

<sup>1533</sup> Para uma síntese de outras soluções convocáveis, ver Cristina M. Araújo Dias, p. 1031, nota 1789.

### 2.1.8. Nível de vida do casamento

Pode igualmente questionar-se acerca da relevância do *nível de vida do casamento* no cálculo do montante do crédito compensatório. Aqui o nível de vida acrescido é entendido já não como um benefício de que o cônjuge requerente gozou – aplacando assim as desvantagens sofridas – mas como uma referência que determina a medida daquilo de que ficou privado, da sua perda.

Em diferentes instrumentos compensatórios, este é um elemento a ter em conta, mesmo que não se vise assegurar a manutenção do nível de vida do casamento. E ainda que o “nível de vida” seja apontado expressamente pela lei, tal não significa que a solução compensatória tenha como propósito igualá-lo. Veja-se o que sucede em sede da jurisprudência suscitada pela aplicação do S. 25(2)(c) do *Matrimonial Causes Act* de 1973, que impõe ao Tribunal que tenha em conta “the standard of living enjoyed by the family before the breakdown of the marriage”, mas que, na sua efectiva concretização, abandona o propósito de manutenção deste nível, por impossibilidade prática, nos chamados *ordinary cases* e, não obstante ser reconhecido que há uma expectativa de manutenção deste nível nos *big money cases*<sup>1535</sup>, também já deixou claro que não existe tal garantia.

O cálculo do crédito compensatório, segundo nos parece, não assenta na comparação das situações do seu requerente durante o casamento e após o divórcio. Daí que o nível de vida do casamento não seja um elemento com autonomia no âmbito deste cálculo. Podemos, todavia, perguntar-nos se, ao determinar a compensação que vai ser concedida pelos “prejuízos patrimoniais sofridos”, pode ser tida em conta a condição patrimonial da família.

Sabemos que a especificidade do direito da família justifica muitas vezes entorses às regras e à lógica que preside a institutos análogos no âmbito do direito comum. E é assim que podemos encontrar soluções legislativas que dissociam a regular remuneração pelo trabalho prestado do seu valor real para a indexar à condição familiar. Pensemos na solução decorrente do *mantenimento di impresa* italiano. Também aqui estamos perante uma contribuição realizada por um dos

---

<sup>1535</sup> Todavia, o facto de os princípios mais relevantes nesta área terem sido desenvolvidos em torno das grandes fortunas, faz com que a jurisprudência dos tribunais superiores ingleses esteja, muitas vezes, divorciada da realidade dos casos comuns. Jonathan Herring, *Family Law*, 211.

cônjuges, desta feita para a empresa familiar, e a percepção de uma prestação que decorre de tal contributo. Ora, esta figura é constituída por duas componentes, que determinam a sua particular natureza. A lei consegue conciliar, por um lado, um elemento de feição patrimonial que dá ao *mantenimento* um carácter de correspectividade relativamente à actividade laboral, com um elemento de cariz pessoal, que desancora a medida do *mantenimento* da quantidade e qualidade de trabalho prestado e estabelece antes a ligação com a condição patrimonial da família<sup>1536</sup>.

Como por certo será evidente, não pretendemos com esta referência identificar o *mantenimento di impresa* com o crédito compensatório do artigo 1676.º, n. 2. Na verdade, nem quando se trata de responder à colaboração prestada na actividade profissional, industrial ou profissional do outro cônjuge temos uma mera remissão para a remuneração. Adopta-se antes uma lógica de compensação dos prejuízos sofridos.

O crédito compensatório emerge quando cessa a relação matrimonial e não tem um propósito alimentar, na sua forma e no seu fundamento. Interessa-nos, no entanto, o exemplo para chamar a atenção para a possibilidade que o legislador teria tido de balizar a medida deste crédito em função da concreta situação familiar.

#### 2.1.9. Recursos dos cônjuges

Outro elemento de significado próximo é a consideração dos *recursos dos cônjuges* para efeito de fixação do montante do crédito compensatório.

Os *recursos do requerente* só terão relevância de forma indirecta. Na verdade, como vimos, importam o regime de bens e o resultado da partilha do património comum do casal, importa considerar liberalidades que tenham sido realizadas. No entanto, na verdade, os “prejuízos patrimoniais importantes” poderão continuar a emergir do preenchimento dos pressupostos da *fattispecie* do artigo 1676.º, ainda que o requerente seja titular de um amplo património. Note-se que não é a verificação em concreto de uma situação de necessidade por parte do requerente (que pode existir ou não) que funda o crédito compensatório. Também não está em

---

<sup>1536</sup> Angelo Falzea, *Il dovere di contribuzione*, 622.

causa a constatação objectiva de um desequilíbrio patrimonial entre os ex-cônjuges, como acontece nos ordenamentos jurídicos francês e espanhol e que aqui justifica a referência legal aos “recursos” dos cônjuges<sup>1537</sup>.

Há também que equacionar se a consideração *dos recursos do requerido* pode desempenhar algum papel, nomeadamente se tem de haver uma adequação do montante concedido em sede de crédito compensatório à condição do obrigado.

No âmbito da compensação do art. 165 ZGB, e mesmo na ausência de indicação legal nesse sentido, considera-se que releva a posição económica do obrigado, nomeadamente as vantagens que este possa ter obtido em virtude da colaboração do seu ex-cônjuge. Se houve contribuição para a empresa ou o negócio do obrigado, então, defende a doutrina suíça, importará também considerar a saúde económica deste<sup>1538</sup>. Admite-se, todavia, que seja tida em conta uma eventual degradação deliberada das condições económicas que tenha tido em vista diminuir a pretensão do requerente<sup>1539</sup>.

Ao propor que a condição económica do obrigado seja um critério de medida da compensação, a doutrina suíça evita uma das maiores críticas formuladas a uma aproximação aos instrumentos compensatórios centrada apenas na posição do requerente – o facto de este não ficar sujeito ao risco do fracasso do seu investimento, um risco que viveria em condições normais, e que assim se transfere totalmente para o outro cônjuge. De facto, este cônjuge pode ou não ter obtido um benefício<sup>1540</sup>, não sendo, portanto, certo que os seus recursos particulares sejam suficientes para fazer face a esta compensação<sup>1541</sup>. De facto, na construção helvética, os meios económicos do obrigado acabam por constituir um limite superior ao direito à compensação<sup>1542</sup>.

## 2.2. MÉTODOS DE CÁLCULO

---

<sup>1537</sup> Cf. artigo 271 do Code civil, que se refere aos “recursos” do devedor e o art. 97 do CCiv espanhol, que menciona os “meios económicos” dos cônjuges.

<sup>1538</sup> Heinz Hausheer, *Berner Kommentar (art. 165)*, 257.

<sup>1539</sup> Heinz Hausheer, *Berner Kommentar (art. 165)*, 257.

<sup>1540</sup> American Law Institute, *Principles of the Law of Family Dissolution*, 894-895.

<sup>1541</sup> J. Ekeelaar, *Equality and the purpose* P. 192

<sup>1542</sup> Heinz Hausheer, *Berner Kommentar (art. 165)*, 257.

### 2.2.1. O método do percurso hipotético - crítica e alternativa (*proxy measure*)

O facto de termos delineado o método de cálculo que consideramos corresponder à opção do legislador do artigo 1676.º, n. 2 e analisados os elementos relevantes, não nos dispensa de considerar as críticas a que estas opções estas sujeitas. Na verdade, a objecção mais difícil de ultrapassar diz respeito à própria razoabilidade do funcionamento do método que assenta na consideração do percurso hipotético do cônjuge em desvantagem. Eekelaar explica que, no quadro desta opção, se parte do princípio de que se o requerente não tivesse entrado na união que se dissolveu, teria prosseguido uma carreira independente e frutuosa e que o casamento e o nascimento de filhos a impediram, mas que o cenário de que se parte é hipotético e provavelmente irrealista<sup>1543</sup>. Carbone, todavia, contrapõe que o erro de Eekelaar reside em insistir que se faça prova de cada caso individual e alega que nos casos de aplicação das regras da responsabilidade civil nos termos gerais se recorre frequentemente a dados estatísticos<sup>1544</sup>.

Optando por esta via, há diversos padrões de referência que podem ser tidos em conta, em particular para avaliar o prejuízo mais importante sofrido em virtude daquele desenrolar da relação - a perda da capacidade de ganho. Diferentes situações convocam diferentes abordagens. Assim, pode propor-se comparar o nível de vida do requerente com o de um profissional, homem ou mulher, da mesma idade<sup>1545</sup>. Podemos questionar-nos sobre qual seria o seu rendimento se tivesse continuado no mesmo emprego que abandonou ou se tivesse concluído os estudos que deixou, de acordo com as médias de rendimento das pessoas do mesmo sexo com aquela formação e aquela idade. É possível ainda efectuar o percurso que determina o rendimento que a mulher requerente teria obtido se tivesse prosseguido as oportunidades similares a um homem<sup>1546</sup>. É certo porém que qualquer uma destas aproximações continua a sujeitar-se à crítica de que peca por ser demasiado especulativa, dado que não sabemos o que teria acontecido se a relação não tivesse existido<sup>1547</sup>.

<sup>1543</sup> J. Eekelaar, *Equality and the purposes*, 192 e 193.

<sup>1544</sup> J. Carbone, *Economics, Feminism*, 1497.

<sup>1545</sup> John Eekelaar, *Empowerment and Responsibility*, 434. Ver também, neste sentido, as propostas de Kathleen Funder para medir a verdadeiro prejuízo sofrido. Funder, Kathleen, *Australia: a Proposal for Reform*, 157.

<sup>1546</sup> Carbone, *Economics, Feminism*, 1482, nota 84

<sup>1547</sup> J. Eekelaar, *Empowerment and Responsibility*, p.434

A reconstituição deste percurso hipotético também enfrenta o apodo de ser demasiado sectorial. Já foi, aliás, qualificado como um método criado para um determinado alvo populacional – os “young urban professionals”<sup>1548</sup>. Na verdade, mulheres com níveis altos de instrução que adiam casamentos e filhos no início de uma carreira ou que têm um grau académico que pode apontar para as suas perspectivas profissionais têm elementos nos quais ancorar o prejuízo sofrido. No entanto, quem casa cedo ou tem uma carreira incerta não consegue provar o específico prejuízo sofrido, não obstante poder ter sacrificado esse potencial de ganho<sup>1549</sup>, através dos “comportamentos preparatórios” que foi assumindo ao longo da vida<sup>1550</sup>.

Foi tomando estas considerações em conta que o *American Law Institute*, apesar de ter partido da teoria de ELMANN que identifica os prejuízos relacionados com a perda de capacidade de ganho através da comparação da situação económica vivida no fim do casamento com aquela em que estaria se não tivesse casado<sup>1551</sup>, considerou que esta suscitava dois problemas de fundo: em primeiro lugar, a dificuldade em comparar as capacidades de ganho hipotética e actual; em segundo lugar, decidir se a capacidade de ganho hipotética deve ser baseada no comportamento orientado para o mercado antes e depois do casamento<sup>1552</sup>.

As dificuldades enfrentadas pelos diversos métodos que se propõem a reconstituir o percurso hipotético do requerente para determinar os prejuízos sofridos por este em virtude do investimento na relação matrimonial levaram a que mesmo as propostas teóricas que optaram por esta abordagem em termos de justificação dos instrumentos compensatórios, tivessem enveredado por métodos que não a traduzem, quando se trata de proceder ao cálculo do montante da prestação.

Foi este o percurso do *American Law Institute* que, embora baseie os seus *compensatory payments* fundamentalmente numa lógica de compensação de perda de capacidade de ganho – que requereria a determinação de uma *hipotética* capacidade de ganho –, acaba por reconhecer que, ao nível da sua determinação em

---

<sup>1548</sup> Carbone, *Economics, Feminism*, p. 1497.

<sup>1549</sup> Carbone, *Economics, Feminism*, p. 1497.

<sup>1550</sup> Cynthia Lee Starnes, *Mothers as Suckers, 1532-1534*.

<sup>1551</sup> Ira Mark Ellman, *The Theory of Alimony*, 54.

<sup>1552</sup> AMERICAN LAW INSTITUTE, *Principles of the Law of Family Dissolution*, . 838 e 839.

concreto, não se encontra uma solução satisfatória, pelo que considera que se deve adoptar uma solução pragmática. Esta traduz-se no abandono de uma averiguação individual sobre os prejuízos causados pelo investimento conjugal – identificados com a perda de capacidade de ganho –, substituída por uma presunção de que tais perdas foram sofridas<sup>1553</sup>. Parte do princípio que tal só acontece quando o cuidador principal apresenta uma capacidade de ganho significativamente inferior ao seu cônjuge, o que mantém a solução em conformidade com a tendência generalizada de considerar inadmissível que o menos abastado compense o mais próspero<sup>1554</sup>.

Para o cálculo do montante do direito, o *American Law Institute* adopta uma “medida substituta” (*proxy measure*). Identifica a medida da perda da capacidade de ganho com um montante proporcional à disparidade de capacidade de ganho dos cônjuges na altura da dissolução e à duração do período de cuidado<sup>1555</sup>. Isto resulta na concessão de montantes mais elevados na presença de cônjuges mais ricos. Ora, na verdade, tal não se traduz na determinação do próprio prejuízo, mas, segundo o *American Law Institute*, constitui um “razoável substituto da perda de capacidade de ganho indeterminável” e um bom *proxy* para a perda mais relevante<sup>1556</sup>. Deste modo, equipara a perda da capacidade de ganho (*reliance measure*) ao benefício concedido pela contribuição do cônjuge com menor capacidade de ganho (*restitution measure*)<sup>1557</sup>.<sup>1558</sup>

Todavia, assim, desvirtua-se o carácter desta abordagem, já que deixa de se concentrar na existência de um “prejuízo” ou uma “perda” sofrida pelo cônjuge requerente, para também a depender da análise do ganho do outro cônjuge<sup>1559</sup>. A falta de coerência da regulamentação dos *compensatory payments* relativamente ao

---

<sup>1553</sup> *Ibidem*, 840.

<sup>1554</sup> *Idem*

<sup>1555</sup> O ALI desenvolve esta argumentação a propósito da compensação ao cuidador principal.

<sup>1556</sup> *Ibidem*, 841.

<sup>1557</sup> Carbone, *Economics, Feminism*, 1482, nota 84

<sup>1558</sup> Note-se que mesmo os Princípios do *American Law Institute*, que pretendem partir da *reliance*, fazem depender a recuperação do valor inteiro da perda capacidade de ganho de ter havido aumento do rendimento conjugal resultante do investimento conjugal (Regra 2.2., prevendo o direito a recuperar valor inteiro da capacidade de ganho, mas só se houve aumento do rendimento conjugal resultante do investimento conjugal). Tal apresenta-se, aliás, em contradição, com as conclusões do trabalho teórico desenvolvido por Ellman em *Theory of Alimony*, que serviu de base aos princípios.

<sup>1559</sup> Para além disso, a comparação destas duas grandezas (perda e ganho) nem sempre é fácil, principalmente se tomarmos em consideração benefícios tão intangíveis como o cuidado dos filhos. June Carbone, *Economics, Feminism*, 1479. Ellman escolheu afastar o rótulo da “*restitution*” para se concentrar no prejuízo do cônjuge com menor capacidade de ganho (“*reliance*”) em vez de no ganho do outro cônjuge (*unjust enrichment*). Mas faz depender a resposta ao prejuízo da obtenção de um ganho pelo menos se lhe equipare. June Carbone, *Economics, Feminism*, 1484.

fundamento que invocam suscitou, pouco surpreendentemente, um coro de críticas. A análise de SILBAUGH aponta para o facto de os princípios do *American Law Institute*, no fundo, acabarem por tratar de uma matéria não financeira – o papel dos compromissos naquele tipo de casamento<sup>1560</sup>. Na verdade, e não obstante o ALI argumentar que se compensa a perda de capacidade de ganho, de forma ilógica liga-a aos rendimentos de ambos os cônjuges. De facto, se fosse aquela a base, os pagamentos seriam a diferença entre a capacidade de ganho antes e depois da assunção do cuidado. Mas os princípios consideram o rendimento do outro cônjuge.

Também na jurisprudência norte-americana, o caso *Grove v. Grove* representa a opção por uma “medida substituta”, com o mesmo fundamento da dificuldade em determinar o prejuízo sofrido. Todavia, neste caso, preferiu-se presumir que o requerente (aqui identificado com a mulher) ganharia o suficiente para se sustentar ao nível de vida que o marido lhe proporcionava. Assim, e não obstante optar por uma *proxy measure*, a perda da capacidade de ganho (*reliance measure*) é agora identificada com o nível de vida do casamento (*expectation measure*)<sup>1561</sup>.

Ora, como lembra Carbone, quanto mais tradicional é o casamento, menos provável é que as medidas substitutas se aproximem da perda de capacidade de ganho. Nestes casos, em que os cônjuges (mulheres geralmente) terão investido menos nas suas carreiras e é mais fácil abandonar essas oportunidades, a medida do nível de vida do casamento (*expectation*) é consideravelmente maior do que o benefício dos serviços que prestou no lar. Já se for adoptada uma medida generosa da perda de capacidade de ganho, o montante pode ser desproporcionado relativamente ao benefício de que o cônjuge obrigado gozou, da perspectiva da *restitution*<sup>1562,1563</sup>

### 2.2.2. Métodos de cálculo dos *compensatory payments* do ALI

No seu modelo, o *American Law Institute* distingue dois tipos de pretensões – direitos baseados na disparidade financeira das partes e direitos não baseados na

---

<sup>1560</sup> Katherine Silbaugh, 2006, Money as emotion, p. 242

<sup>1561</sup> Carbone, Economics, Feminism, 1482, nota 84.

<sup>1562</sup> Idem.

<sup>1563</sup> Carbone, Economics, Feminism, 1498-1501



disparidade financeira das partes. Ambas se ancoram na ideia de distribuição, não dos rendimentos pós-divórcio, mas dos prejuízos que daí advêm. Na verdade, o *American Law Institute* parte da teoria de Ellman de que elege como objectivo encorajar comportamento socialmente benéfico no casamento e, portanto, encorajar o “investimento conjugal”<sup>1564</sup>. E tais prejuízos são identificados com a perda de capacidade de ganho por assunção de responsabilidade de cuidado, com os prejuízos que resultam de mudanças de oportunidades e expectativas (“ajustamentos individuais”) e com o impacto do casamento de curta duração<sup>1565</sup>.

Na segunda categoria – a dos direitos não baseados na disparidade financeira das partes – entra a compensação por contribuições para educação ou formação do outro, que assume a forma de *reimbursement alimony*<sup>1566</sup>. Assim, o requerente tem direito à restituição do benefício, ou seja, do sustento providenciado ao seu cônjuge, que inclui não só custos directos com a educação, como propinas, por exemplo, mas também as despesas correntes que suportou enquanto estudante. Prevêem-se, todavia, ajustamentos pela consideração das despesas a que o cônjuge estudante fez face<sup>1567</sup>. A necessidade de uma solução neste âmbito é vista como particularmente forte quando o cônjuge com formação abandona o casamento com vantagem na capacidade de ganho à custa com a assistência não compensada do outro. Entende-se, no entanto, limitar esta pretensão. Na verdade, só é admitida se houver aumento substancial da capacidade de ganho e se o divórcio ocorreu pouco depois da obtenção da educação ou formação. Caso contrário, considera o *American Law Institute*, o cônjuge que efectuou a contribuição já terá recebido “retorno suficiente”<sup>1568</sup>. Trata-se, na verdade, de uma solução de compromisso não inteiramente consistente com o fundamento avançado pelo *ALI*.

Independentemente da diferença de capacidade financeira das partes, também é contemplado o impacto que os “ajustamentos individuais” feitos em função do casamento de curta duração têm no nível de vida do cônjuge que os efectuou, o que justifica o restauro do padrão pré-conjugal<sup>1569</sup>. O montante do pagamento está em consonância com o propósito de responder à disparidade

---

<sup>1564</sup> Ira Mark Ellman, *The Theory of Alimony*, 50.

<sup>1565</sup> American Law Institute, *Principles of the Law of Family Dissolution*, 786.

<sup>1566</sup> Cf. Secção 5.12, American Law Institute, *Principles of the Law of Family Dissolution*, 888 ss.

<sup>1567</sup> Cf. Secção 5.12, American Law Institute, *Principles of the Law of Family Dissolution*, 891.

<sup>1568</sup> American Law Institute, *Principles of the Law of Family Dissolution*, 894 e 895.

<sup>1569</sup> Cf. Secção 5.13, American Law Institute, *Principles of the Law of Family Dissolution*, 896 ss.

inequitativa das possibilidades de os cônjuges recuperarem o seu nível de vida anterior ao casamento e, portanto, os prejuízos compensáveis são repartidos igualmente pelos cônjuges<sup>1570</sup>.

Já os direitos baseados na disparidade financeira das partes reconduzem-se à compensação por perda do nível de vida do casamento<sup>1571</sup> ou pela perda residual<sup>1572</sup> da capacidade de ganho pelo cuidado dos filhos<sup>1573</sup> ou pelo cuidado de terceiros<sup>1574</sup>.

O *American Law Institute* elege como *elementos de cálculo* a diferença de rendimentos entre os cônjuges e a duração do casamento. Quanto à relevância da duração do casamento, argumenta que as obrigações não resultam do acordo, mas desenvolvem-se com o tempo. E, se assim não fosse, haveria um desencorajamento do investimento doméstico e uma desprotecção do cônjuge que confiou na relação matrimonial<sup>1575</sup>.

Na compensação por perda de nível de vida conjugal reconhece-se a perda do gozo do nível de vida do outro por parte do cônjuge menos abonado<sup>1576</sup>. Na verdade, o ALI considera que a base psicológica de comparação é a vida de casado, não a situação anterior ao casamento, pelo que faz intervir também o rendimento do outro cônjuge<sup>1577</sup>. E, portanto, no que diz respeito à determinação do rendimento, remete para o rendimento ao tempo do divórcio enquanto indicador adequado de nível de vida<sup>1578</sup>. O cálculo efectua-se aplicando uma percentagem (determinada por referência ao “factor de duração” que aumenta com a longevidade do casamento) à

---

<sup>1570</sup> Cf. Secção 5.13, American Law Institute, *Principles of the Law of Family Dissolution*, 901.

<sup>1571</sup> Cf. Secção 5.04, American Law Institute, *Principles of the Law of Family Dissolution*, 804 ss.

<sup>1572</sup> “Residual” no sentido identificado por Ira Ellman, ou seja, a perda de capacidade de ganho que sobrevive ao casamento. Ira Mark Ellman, *The Theory of Alimony*, 51.

<sup>1573</sup> Cf. Secção 5.05, American Law Institute, *Principles of the Law of Family Dissolution*, 833 ss.

<sup>1574</sup> Cf. Secção 5.11, American Law Institute, *Principles of the Law of Family Dissolution*, 886 ss.

<sup>1575</sup> American Law Institute, *Principles of the Law of Family Dissolution*, 809.

<sup>1576</sup> AMERICAN LAW INSTITUTE (The) – *Principles of the Law of Family Dissolution: Analysis and Recommendations*, Chief Reporter: Ira Mark Ellman, San Francisco, Mathew Bender & Co., Inc., 2002, p.805 e 820.

<sup>1577</sup> AMERICAN LAW INSTITUTE (The) – *Principles of the Law of Family Dissolution: Analysis and Recommendations*, Chief Reporter: Ira Mark Ellman, San Francisco, Mathew Bender & Co., Inc., 2002, p. 810.

<sup>1578</sup> AMERICAN LAW INSTITUTE (The) – *Principles of the Law of Family Dissolution: Analysis and Recommendations*, Chief Reporter: Ira Mark Ellman, San Francisco, Mathew Bender & Co., Inc., 2002, p. 814.

diferença de rendimentos dos cônjuges<sup>1579</sup>. Mas prevê-se uma válvula de escape em casos de “injustiça substancial”<sup>1580</sup>.

A compensação por perda residual de capacidade de ganho do cuidador principal é dirigida a responder aos prejuízos sentidos pelo cuidador principal, que assume as responsabilidades conjuntas de cuidado dos filhos, enquanto o outro assume a maior parte da responsabilidade de prover financeiramente à família. Na verdade, em caso de divórcio, é o cuidador quem suporta o custo financeiro desta divisão de funções. A repartição deste custo visa restaurar o equilíbrio pela assunção de responsabilidades de ambos<sup>1581</sup>. Para estabelecer este direito, criam-se presunções de titularidade – presume-se que o requerente providenciou este cuidado de forma desproporcional se os filhos coabitaram com o casal durante um período mínimo e se entre os cônjuges existe uma diferença considerável de capacidade de ganho<sup>1582</sup>. Também se presume que a assunção do cuidado dos filhos – e esta presunção não é ilidível – afecta de forma adversa a capacidade de ganho, com base nos estudos económicos que demonstram o impacto da actividade de cuidador, inclusivamente a tempo parcial<sup>1583</sup>.

Tal como já referimos, face às dificuldades práticas de determinar a capacidade de ganho que teria se não tivesse prestado uma parte desproporcionada do cuidado parental, optou-se pela *proxy measure* que remete para um montante proporcional à disparidade de capacidade de ganho dos cônjuges na altura da dissolução do casamento e à duração do período de cuidado. Assim, abdica-se de medir a própria perda de rendimento, para se responder à expectativa do cuidador com uma medida baseada no rendimento futuro do outro<sup>1584,1585</sup>

Já se estivermos perante uma compensação por perda residual da capacidade de ganho pelo cuidado de terceiros, aplica-se o mesmo princípio relativo aos filhos do casal ao cuidado de adultos com necessidades especiais em relação aos quais os cônjuges têm obrigações morais, lançando-se mão de presunções para adjudicar o

<sup>1579</sup> American Law Institute (The) – *Principles of the Law of Family Dissolution* 816 ss e 831.

<sup>1580</sup> *Ibidem*, 820. Por exemplo, um período de separação de facto muito prolongado pode ser invocado para fundar esta “injustiça substancial”.

<sup>1581</sup> American Law Institute, *Principles of the Law of Family Dissolution*, 835.

<sup>1582</sup> American Law Institute, *Principles of the Law of Family Dissolution*, 836. Esta presunção é, todavia, ilidível.

<sup>1583</sup> American Law Institute, *Principles of the Law of Family Dissolution*, 837

<sup>1584</sup> American Law Institute, *Principles of the Law of Family Dissolution*, 840.

<sup>1585</sup> American Law Institute, *Principles of the Law of Family Dissolution*, 842

valor e a titularidade da pretensão. E recorre-se a método de cálculo análogo ao respeitante ao direito que deriva do cuidado a filhos<sup>1586</sup>.

### **2.2.3. Regras de cálculo do artigo 232-6 do Código Civil da Catalunha**

O propósito da compensação económica em razão do trabalho do artigo 232-5 do Código Civil da Catalunha é identificado com o ressarcimento de um dano objectivo – a desigualdade patrimonial induzida e o custo de oportunidade que essa actividade representa para o requerente<sup>1587</sup>. Para o fazer a lei determina os factores relevantes e as regras de cálculo do seu montante.

Assim, nos termos do artigo 232-2, n. 3, do Código Civil da Catalunha há que ter em conta a duração e a intensidade da dedicação, os anos de convivência e, concretamente, em caso de trabalho doméstico, o facto de ter incluído a criação de filhos ou a atenção pessoal a outros membros da família que convivam com os cônjuges. E acrescenta-se que esta compensação tem como limite uma quarta parte da diferença entre os incrementos dos patrimónios dos cônjuges, prevendo-se a possibilidade de, em caso de contributo notavelmente superior, a autoridade judicial aumentar essa quantia (artigo 232-2, n. 4, do Código Civil da Catalunha).

As regras de cálculo encontram-se no artigo 232-6 do Código Civil da Catalunha, que ditam como se determinam os incrementos dos patrimónios dos cônjuges. Assim, o “património final” consiste nos bens que os cônjuges tenham no momento da extinção do regime (ou da cessação efectiva da convivência), uma vez deduzidos os encargos e obrigações que os afectem (a)). A tal património haverá que acrescentar o valor dos bens de que cada um dos cônjuges tenha disposto a título gratuito, bem como os “detrimentos” realizados por actos efectuados com a intenção de prejudicar o outro cônjuge(b))<sup>1588</sup>.

Ao “património final” assim obtido deve deduzir-se o património inicial, i.e. o valor dos bens de que os cônjuges eram titulares no início do regime de bens e que

---

<sup>1586</sup> American Law Institute, *Principles of the Law of Family Dissolution*, 886 e 887.

<sup>1587</sup> Isabel Miralles González, *La compensación económica por razón de trabajo*, 9.

<sup>1588</sup> Mas excluem-se os actos de liberalidade a favor dos filhos comuns, bem como os donativos conformes aos usos sociais, adequados ao nível de vida da família e à capacidade económica de quem as realiza. Isabel Miralles González, *La compensación económica por razón de trabajo* 12.

conservam no momento em que se extingue, um vez deduzidos os encargos que os oneram, assim como os bens adquiridos a título gratuito durante a vigência do regime e as indemnizações por danos pessoais (excluída a parte correspondente ao lucro cessante durante o tempo da convivência (c)). Fixados estes patrimónios, pode obter-se a sua diferença, que constitui o valor do incremento de cada património. E a diferença dos incrementos é a medida do que se reparte. Segundo Isabel Miralles, a intenção do legislador não é jogar com o património passado e actual, mas sim com um único património, o que existe ao extinguir-se o regime, ainda que realize para tal operações de subtracção e adição<sup>1589</sup>.

#### 2.2.4. Métodos de cálculo da *prestation compensatoire*

A *prestation compensatoire* francesa visa compensar a “disparidade que a ruptura do casamento criou nas condições de vida” dos cônjuges (Art. 270 do *Code Civil*). A lei não se ocupou da criação de um método de cálculo desta prestação, mas a realidade jurídica francesa é fértil na produção de fórmulas, ora de origem doutrinal, ora emergentes da prática do foro ou do notariado, que procuram criar formas de objectivar o montante que deve ser atribuído ao credor da *prestation compensatoire*. O ponto de partida destes métodos pode encontrar-se no artigo 271 do *Code Civil*. Este artigo enuncia um conjunto de critérios, que devem ser considerados a “coluna vertebral” que deve orientar e estruturar a decisão judicial<sup>1590</sup>.

Os vários métodos propostos no contexto francês têm sido alvo de diferentes classificações. Assim, podemos encontrar os chamados métodos “empíricos” que recorrem ao montante pago a título de dever de assistência para daí inferir o valor da *prestation compensatoire* e que são objecto de crítica por desconsiderarem a dimensão indemnizatória deste instrumento, focando-se antes num propósito alimentar<sup>1591</sup>.

---

<sup>1589</sup> Isabel Miralles González, La compensación económica por razón de trabajo 12.

<sup>1590</sup> Anne Berard, L'application pratique des méthodes d'évaluation, 17 ss.

<sup>1591</sup> Anne Berard, L'application pratique des méthodes d'évaluation, 18 e Stéphane David, Calcul de la prestation compensatoire, 351.

Existem, todavia, processos mais complexos, que se traduzem em verdadeiras tentativas de formalizar os critérios do artigo 271 do *Code Civil*<sup>1592</sup>. Entre este podemos encontrar os já denominados “métodos sintéticos”, entre os quais se destacam o método de A. Depondt e o método da autoria de Martin S. León.

O notário Depondt parte da aferição da capacidade de aforro do devedor durante um período de oito anos, tempo que toma por referência a duração máxima do *pagamento fraccionado da prestation compensatoire*<sup>1593</sup>. Tal capacidade de aforro global representará o limite máximo do montante, que será exigível em casos de casamento de longa duração e que Depondt identifica, com base em dados estatísticos, com uma duração superior a 28 anos. Se a relação matrimonial chegar ao seu termo antes de atingir este marco, há que limitar este montante máximo aplicando uma determinada percentagem por ano de casamento que fique aquém do casamento “longo”<sup>1594</sup>. A fórmula elaborada por Depondt tem igualmente em conta a idade do credor, de forma a adequar o montante às suas necessidades<sup>1595</sup>, bem como o número de filhos<sup>1596</sup>. É um método que parte de uma série de postulados, que o autor justifica, mas que poderão ser discutíveis.

A fórmula proposta pelo magistrado Martins S. León parte da diferença de nível de vida entre os cônjuges<sup>1597</sup>, já que o objectivo da *prestation compensatoire* é, precisamente, compensar as disparidades de condição de vida daqueles. Para traduzir esta diferença calcula aquilo que denomina “unidade de medida” (M) que representa a metade do diferencial das margens de disparidade subsequentes ao divórcio<sup>1598</sup>. Estas unidades deverão exprimir o valor da diferença de nível de vida dos ex-cônjuges por mês. Para determinar a duração da medida, Martin S. León propõe a consideração dos factores idade do credor e duração do casamento.<sup>1599</sup>

---

<sup>1592</sup> Anne Berard, L'application pratique des méthodes d'évaluation, 19

<sup>1593</sup> Alex Depondt, Méthode de calcul de la prestation compensatoire. 482, artigo no qual Alex Depondt reviu o método já proposto em «La méthode de calcul d'un notaire-expert», 365-374.

<sup>1594</sup> Alex Depondt, Méthode de calcul de la prestation compensatoire, 484.

<sup>1595</sup> Alex Depondt, Méthode de calcul de la prestation compensatoire, 485 e 486.

<sup>1596</sup> Alex Depondt, Méthode de calcul de la prestation compensatoire, 487.

<sup>1597</sup> Dominique Martin Saint-Léon, L'évaluation de la prestation compensatoire, 1576 e 1577.

<sup>1598</sup> Dominique Martin Saint-Léon, L'évaluation de la prestation compensatoire, 1585.

<sup>1599</sup> Martin S. León criou duas tabelas que associam cada um destes factores a um sistema de pontos. Assim, propõe que a cada ponto corresponda o pagamento da *prestation compensatoire* durante 3 meses. Deste modo, uma vez calculada a “unidade de medida” (M) deve multiplicar-se este valor pelo número de pontos obtido pela combinação dos factores idade do credor e duração do casamento, multiplicados pelos 3 meses a que corresponde cada ponto. Dominique Martin Saint-Léon, L'évaluation de la prestation compensatoire, 1585 e 1586.

Merecem igualmente referência as propostas de Stéphane David. No seu estudo de 2010, o Autor considera que, no cálculo da *prestation compensatoire*, há que percorrer duas etapas. A primeira fase consiste numa análise matemática da disparidade, na determinação objectiva das diferenças de condição de vida entre os ex-cônjuges. A segunda etapa prende-se com a análise das causas deste desequilíbrio, já que David apresenta como a “razão profunda” da *prestation compensatoire* a disparidade ligada às escolhas de vida dos cônjuges. Assim, considera que se deverá relativizar um desequilíbrio que se deva à fortuna pessoal, ao trabalho ou ao normal funcionamento do regime de bens escolhido<sup>1600</sup>. É nesta consideração que se ancora o « método distintivo » apresentado por David em 2013, um método tido como pensado para a realidade das grandes fortunas<sup>1601</sup>.

Por fim, merece destaque uma nova proposta que criou um instrumento informático para cálculo da *prestation compensatoire* denominado PCpilote<sup>1602</sup>. Este método parte igualmente da recolha dos critérios enunciados pelo artigo 271 do *Code Civil* e da sua hierarquização e ponderação numa fórmula. Assim, são recolhidos os dados quantificáveis<sup>1603</sup> e calcula-se a diferença dos valores que resultam destes dados. São, ainda considerados outros “elementos de disparidade”, entre os quais se contam a duração do casamento ou de vida em comum durante o casamento, a idade do credor e o número de anos sem cotização de reforma<sup>1604</sup>.

A existência de um grande número de propostas de métodos de determinação do montante da *prestation compensatoire*<sup>1605</sup>, dos quais os que enunciámos são apenas alguns dos exemplos mais destacados, é testemunho da necessidade sentida no ordenamento jurídico francês de tornar mais objectivo o cálculo deste instrumento. E, na verdade, tem sido reconhecido o valor didáctico destes métodos que, mesmo quando assentam em pressupostos algo arbitrários, procuram dar uma explicação para o montante a que se chegou<sup>1606</sup>. A objectivação destes métodos

---

<sup>1600</sup> Stéphane David, *Calcul de la prestation compensatoire*, 350.

<sup>1601</sup> Stéphane David, *Les rendez-vous compensatoires*, 41 ss.

<sup>1602</sup> Cf. <http://pilotepc.free.fr/>.

<sup>1603</sup> Rendimentos actuais (a partir das declarações de impostos), contribuições para filhos a cargo, evolução previsível dos rendimentos, património que não produz rendimento, rendimento potencial do património próprio de ambos os cônjuges. Cf. <http://pilotepc.free.fr/>.

<sup>1604</sup> Cf. <http://pilotepc.free.fr/>.

<sup>1605</sup> Embora na prática o recurso a métodos de cálculo não seja generalizado, Cf. Dominique Vailly *Analyse de la consultation lancée à la fin de l'année 2004*, 87.

<sup>1606</sup> Dominique Piwnica, *Évaluation de la prestation compensatoire*, 12 ss.

permite, de certa forma, lutar contra a heterogeneidade dos resultados obtidos e alcançar uma maior previsibilidade. Todavia, o facto de serem tão numerosos e das diferenças entre eles serem, por vezes, substanciais, faz com que esta harmonização fique aquém do esperado<sup>1607</sup>.

#### 2.2.5. *Duxbury calculations*

Interessa ainda referir um método de cálculo que tem a sua particular incidência num tipo de pagamento – o pagamento em *lump sum*, tendo em vista alcançar o *clean break*. Trata-se do método inglês das *Duxbury calculations*, introduzidas pelo caso *Duxbury v Duxbury* em 1987. É verdade que, por regra, o montante da chamada *ancillary relief* é determinado pelo poder decisório do juiz, que é dotado de grande liberdade na sua definição do montante<sup>1608</sup> e se ancora apenas nos critérios previstos no *Matrimonial Causes Act* de 1973, em particular, no elenco da S. 25. Aqui, todavia, a *case law* criou um método de cálculo através do qual se determina o montante do pagamento em *lump sum* necessário para que o beneficiário tenha ao seu dispor uma determinada quantia por ano para o resto da sua vida. Este cálculo é efectuado tendo por referência as Tabelas Duxbury, que estabelecem um espectro de valores, tendo em conta factores como a esperança de vida e taxas de inflação<sup>1609</sup>. Os dados em que assenta, no entanto, fizeram notar aquilo a que se denominou o “paradoxo Duxbury” – quanto mais longo é o casamento, mais avançada será a idade do requerente e menor a sua esperança de vida, logo, menor será o montante determinado<sup>1610</sup>.

#### 2.2.6. Linhas decisórias propostas

---

<sup>1607</sup> Dominique Piwnica, *Évaluation de la prestation compensatoire*, 12 ss. Todavia, como Piwnica defende, seria impossível reduzir o cálculo da *prestation compensatoire* a um método matemático que englobasse a especificidade de cada caso concreto, pelo que é pela mediação da exposição do advogado que o juiz avalia a singularidade de cada situação.

<sup>1608</sup> A S. 25 (1) do MCA de 1973 determina que “it shall be the duty of the court in deciding whether to exercise its powers, (...) and, if so in what manner ...”.

<sup>1609</sup> Jonathan Herring, *Family Law*, 225, nota 229.

<sup>1610</sup> Veja-se o caso *White v. White* e a determinação do “paradoxo Duxbury” pela Câmara dos Lordes. Jonathan Herring, *Family Law*, 225.



Estamos, neste ponto, face à análise efectuada das opções do nosso sistema e ao confronto com os desenvolvimentos de instrumentos próximos, em condições de traçar um quadro mais preciso relativo à determinação do montante do crédito compensatório. Não optaremos pela elaboração de uma fórmula matemática, que corre o risco de ser arbitrária na escolha dos factores (já que a lei nem nos fornece uma lista) e na ponderação que se faça deles. Parece-nos, pois, ser de entregar esta decisão à livre apreciação do decisor, traçando, no entanto, um percurso lógico de consideração de diferentes elementos.

Concluimos que o legislador português terá visado determinar a situação em que o requerente estaria não fosse ter efectuado as contribuições que realizou em função da sua entrada no casamento, contribuições estas que implicaram renúncias, causando prejuízos patrimoniais importantes.

Tais prejuízos patrimoniais incluirão não só a perda da capacidade de ganho, de capacidade de trabalho, mas também perda de rendimento e de património, bem como outras despesas e custos acrescidos que tenham aquela fonte. O conjunto destes constitui o *limite superior* até ao qual o requerido poderá ser chamado a responder.

A este montante terão de ser deduzidos eventuais *benefícios* que o cônjuge não teria colhido não tivesse entrado na relação matrimonial. Assim, há que considerar o nível de vida acrescido de que gozou também em função da sua contribuição, *liberalidades* de que tenha beneficiado e o efeito compensatório dos regimes comunitaristas, mormente da comunhão de adquiridos.

Na determinação de um montante final há ainda que ter em conta outros factores, como a duração do casamento, auxiliar do ponto de vista da medição do prejuízo, mas, porventura, com uma incidência diferente de cada um dos seus subperíodos, em função dos tipos de contribuições prevaletentes em cada um.

Pensamos também ser de ponderar neste processo de quantificação do montante determinados comportamentos conjugais. Assim, à semelhança do que é avançado no contexto suíço, perguntamo-nos se não será de ponderar ao nível da determinação do montante o facto de a contribuição acrescida ter sido prestada em virtude dos parcos contributos imputáveis ao outro cônjuge que estivesse em condições de o fazer. É certo que nos termos do n.º 4 do artigo 1676.º, quando não é prestada a contribuição devida, o outro cônjuge pode exigir que lhe seja

directamente entregue a parte dos rendimentos ou proventos do outro que o tribunal fixar. Sabemos, todavia, que este meio pode não ter sido accionado ou pode não ser possível fazê-lo, já que será necessário que tais rendimentos e proventos sejam oriundos de uma entidade pagadora, que não é possível identificar em todos os casos<sup>1611</sup>. Parece-nos, todavia, que a consideração deste comportamento pode ser relevante mais do que para a determinação do montante, para a determinação do carácter *excessivo* da renúncia à satisfação dos seus interesses em favor da vida em comum.

A opção por este esquema de cálculo irá, todavia, enfrentar dois obstáculos relevantes. Em primeiro lugar, o já apontado carácter especulativo da reconstrução de um percurso hipotético. Sabemos, no entanto, que a nossa jurisprudência não se tem furtado a este exercício em outras áreas e decidimos aceitar, portanto, a incerteza que lhe é inerente, escudados nessa normalidade decisória. Em segundo lugar, pensamos que uma objecção digna de nota, que já aflorámos no contexto de outros instrumentos, mas não tratámos relativamente ao nosso, será o facto de o montante assim determinado ser excessivo face aos recursos do obrigado.

Será necessário, para considerar a posição do obrigado, enveredar pelo caminho trilhado nomeadamente pelo *American Law Institute* e, ao arrepio dos fundamentos invocados, optar por uma *proxy measure* para o cálculo do montante que se afasta das opções de base?

Ora, a perspectiva dos recursos do obrigado e daquilo que este obteve através da contribuição acrescida do credor levar-nos-ia a equacionar uma abordagem do ponto de vista do enriquecimento sem causa que considerámos não ser a que resulta da lei.

Pensamos, todavia, que o abandono da lógica original não tem de ser realizado para se conseguir conciliar a posição do requerido. Na verdade, tomar em conta posição deste não nos remete forçosamente para uma medida determinada em função do seu enriquecimento, do incremento patrimonial de que beneficiou em virtude da colaboração do requerente. De facto, podemos preservar que o direito à compensação continue a responder aos prejuízos sofridos pelo requerente. Mas é

---

<sup>1611</sup> Esta entidade pagadora é mais facilmente identificável se estivermos perante um trabalhador por conta de outrem, cujo produto do trabalho poderá ser entregue nos termos do processo previsto no artigo 992.º do Código de Processo Civil. Mas este processo serve também para outros casos em que seja determinável outra origem dos rendimentos. Pense-se nos arrendatários que mensalmente entregam as rendas ao cônjuge inadimplente ou nos juros pagos por entidade bancária.

possível, ainda assim, introduzir aqui um limite de razoabilidade, atendendo aos recursos do obrigado, à semelhança do que foi avançado no ordenamento jurídico suíço.

O montante do crédito compensatório estaria, assim, sujeito a um *duplo limite*, determinado pelas situações de ambos os sujeitos da relação jurídica: pelos prejuízos sofridos pelo requerente e pelos recursos ou benefícios havidos pelo obrigado.

Dir-se-á que é um entorse em termos de coerência relativamente ao fundamento invocado. Na verdade, a remissão do crédito compensatório para a matriz da responsabilidade civil centrar-se-ia apenas no dano sofrido pelo lesado. Sabemos, no entanto, que, apesar da lógica subjacente e da principal referência ser esta, o pagamento compensatório do direito português não deixa de ter autonomia relativamente ao direito comum e enquanto instituto autónomo do Direito da Família justifica soluções próprias atenta a sua especificidade. Lembremo-nos da figura catalã do artigo 232-5 do Código Civil da Catalunha que se apresenta como instrumento de ressarcimento de um dano objectivo, mas que também estabelece um limite para a compensação que tem em conta a diferença dos incrementos dos patrimónios dos cônjuges<sup>1612</sup>.

Outra crítica poderia ser dirigida à consideração deste novo limite – o facto de assim estarmos a sujeitar os cônjuges a pautarem as suas opções por escolhas economicamente racionais, em homenagem a critérios de eficiência. Na verdade, só opções que conduzam à renúncia aos interesses pessoais de um dos cônjuges em favor da família que sejam aptas a produzir resultados economicamente desejáveis se traduziriam em benefícios para o outro cônjuge. E, assim, quando as escolhas dos cônjuges fossem motivadas por objectivos que fossem alheios a estes resultados (ainda que realizadas por ambos e tendo em vista o bem comum da família) não seriam protegidas no âmbito do crédito compensatório<sup>1613</sup>. Não nos parece, todavia, que esta lógica norteadora seja exigível aos cônjuges, que pautam os seus comportamentos por comportamentos de dádiva e partilha, dificilmente redutíveis à lógica da eficiência.

---

<sup>1612</sup> Cf. artigo 232-2, n. 4 do Código Civil da Catalunha.

<sup>1613</sup> É a posição que resulta da teoria de Ira Ellman, *The Theory of Alimony*.

Há, todavia, outras formas de temperar a extensão com que o cônjuge devedor responde pelos prejuízos causados. Na verdade, mesmo que não façamos depender a concessão do crédito compensatório da efectiva obtenção de um benefício em função da sobre-contribuição realizada – o que é difícil de sustentar na ausência de previsão expressa face à lógica do instrumento –, podemos convocar a ideia de “partilha do risco” para justificar que aquele que sofreu o prejuízo não goze de uma plena garantia do seu ressarcimento, independentemente da situação concreta do seu ex-cônjuge<sup>1614</sup>.

O facto de não se atribuir relevância aos ganhos do requerido pode, todavia, desempenhar um papel relevante. Na verdade, se é certo que critérios de eficiência são invocados para negar a concessão de uma resposta compensatória na ausência de um comportamento economicamente racional, produtor de benefícios para o outro cônjuge devedor, critérios de justiça podem servir para motivar outros comportamentos, que sirvam propósitos bem diferentes. Na verdade, se o crédito compensatório é devido independentemente do ganho do outro cônjuge, tal significará valorizar opções conjugais de feição igualitária, em detrimento de onerar o cuidador com todos os riscos da assunção desta actividade, mas também com um potencial direito a ser compensado, sem estar condicionado pela posição do seu consorte.

---

<sup>1614</sup> Salvo, porventura, quando este se colocou culposamente na situação de não poder pagar.



PARTE B

# Obrigação de alimentos



## **1. Factores de ponderação na determinação do montante da obrigação de alimentos**

A determinação do montante da pensão alimentícia depende da articulação, segundo um critério de proporcionalidade, entre as necessidades do alimentante e as possibilidades do obrigado (artigo 2004.º, n.º 1)<sup>1615</sup>. Porém, antes de se proceder a esta operação, há que averiguar em concreto a medida de cada um destes pressupostos, para, num segundo momento, coordenar as necessidades do requerente com as possibilidades do obrigado a alimentos, e extrair consequências ao nível da fixação da medida em concreto dos alimentos pós-conjugais.

Para orientar estas operações, a lei portuguesa, à semelhança de outros ordenamentos jurídicos<sup>1616</sup>, optou por consagrar um catálogo de critérios, não taxativo, que deverá guiar o decisor na sua tarefa. Afastou-se assim de soluções mais vagas, como a do direito neerlandês, no qual o juiz dispõe de um amplo poder de decisão para apreciar as circunstâncias relevantes, já que se prevê apenas que possa ser concedida uma pensão alimentícia ao cônjuge que não tem meios para prover ao seu sustento nem pode razoavelmente adquiri-los (artigo 1:157 (1) do Código Civil dos Países Baixos)<sup>1617</sup>. Mas também se demarcou do modelo germânico que consagra fundamentos específicos dos quais decorrem regimes particulares de pensões alimentares (S. 1570 e ss. do BGB)<sup>1618</sup>.

Os tópicos enumerados pela lei portuguesa no artigo 2106.º-A, n.º 1, sob a epígrafe “montante dos alimentos”, foram já objecto da nossa atenção num momento prévio a esta operação, o momento do reconhecimento da pensão alimentícia. E foi assim porque chegámos à conclusão de que a densificação dos pressupostos da obrigação alimentícia, aqueles em função dos quais esta pode surgir, terá de ser feita a partir dos factores que a lei enuncia como relevantes para esse efeito. E a lei procede a tal listagem no artigo 2016.º-A, n.º 1. Deixa-a, todavia, em aberto, pelo que, ao lado das circunstâncias que o legislador crismou como relevantes para proceder à concretização daqueles conceitos, o decisor terá a oportunidade de considerar outras, efectuando um juízo de pertinência para o caso.

---

<sup>1615</sup> Retoma, assim, os elementos já enunciados no artigo 178.º do CCiv de 1867.

<sup>1616</sup> Vejam-se, por exemplo, os ordenamentos jurídicos suíço (art. 125 (2) do ZGB), artigo 301, para 3. Do CCiv belga.

<sup>1617</sup> Artigo 1:157, 1, do CCiv dos Países Baixos.

<sup>1618</sup> Gernhuber, Coester-Waltjen, Familienrecht, 295 ss, Helmut Büttner, Johanssen/ Henrich, Familienrecht, 424 ss., Nina Dethloff, Familienrecht, 187 ss



A partir da análise que realizámos, dispomos de dados para concluir que nem todos os factores enunciados na lei se aplicam à avaliação das necessidades do credor e às possibilidades do devedor<sup>1619</sup> e que nem todos representam o mesmo tipo de influência naqueles pressupostos. Assim, há (i) aqueles que contribuem tanto para concretizar despesas relevantes, como para avaliar a aptidão para responder a estas<sup>1620</sup>; (ii) os que se referem apenas a recursos que o credor pode mobilizar para responder às suas necessidades ou de que o devedor deve lançar mão para prestar os alimentos<sup>1621</sup>; (iii) ou para os obter<sup>1622</sup>; (iv) aqueles que reportam para a fonte da necessidade como ligada à anterior relação matrimonial<sup>1623</sup> ou que se reportam à relação parental<sup>1624</sup>; (v) e os que, sendo criadores ou potenciadores de uma situação de carência, se desligam da relação pretérita ou presente entre o alimentante e o alimentado<sup>1625</sup>.

### 1.1. FACTORES EXTERIORES AO ELENCO LEGAL

#### 1.1.1. (Ir)relevância do género

O *género* já foi um dos factores equacionados na determinação do montante dos alimentos. Na verdade, no passado, encontramos tanto a doutrina como a jurisprudência nacionais a defender que as despesas do homem são maiores do que as da mulher que “embora viva com decência, não tenha a preocupação do luxo”<sup>1626</sup>.

Esta consideração em função do género do alimentando não é hoje admissível, desde logo, em função do princípio da igualdade constitucionalmente consagrado, nomeadamente na sua concretização no princípio da igualdade entre os cônjuges, que pode considerar-se aplicável também aos efeitos da extinção da relação

<sup>1619</sup> Pense-se no novo casamento ou união de acto, que apenas relevam do lado do obrigado. V. *supra*

<sup>1620</sup> Os factores “idade” e “saúde”, por exemplo.

<sup>1621</sup> Cf. rendimento e proventos.

<sup>1622</sup> Cf. habilitações profissionais e possibilidades de emprego.

<sup>1623</sup> Cf. a duração do casamento e a colaboração prestada à económica do casal.

<sup>1624</sup> Veja-se o tempo a dedicar ao cuidado dos filhos.

<sup>1625</sup> O factores “idade” e “estado de saúde”, por exemplo.

<sup>1626</sup> Tais considerações haviam já sido formuladas pelos nossos tribunais e doutrina. Cf. L. P. Moitinho de Almeida, *Dos alimentos*, 273, e L. P. Moitinho de Almeida, *Os Alimentos no Código Civil*, 97.

matrimonial<sup>1627</sup>. No contexto actual, esta diferenciação carece de fundamento jurídico e não tem tradução social, sendo portanto, à partida, discriminatória. Isto não obsta a que factos concretos, que se determinem pelo género, não possam ser considerados. Na verdade, não podemos ignorar a relação entre a assunção do papel de cuidador e o género dos cônjuges que, todavia, não é de ocorrência necessária.

#### 1.1.2. (Ir)relevância da culpa e de comportamentos repreensíveis do requerente

A *culpa do alimentando* foi outro critério anteriormente considerado na determinação do montante, mesmo na ausência da sua relevância no momento da concessão dos alimentos. Era isto que acontecia no âmbito da Lei do Divórcio de 1910, na qual, não obstante a culpa não excluir o direito a alimentos, a doutrina defendia que seria de atender no cálculo da medida da pensão alimentícia<sup>1628</sup>. Ora, o regime de 1910, embora não assentasse a concessão dos alimentos pós-conjugais na categorização subjectiva que era operada pela declaração de culpa, dispunha deste elemento e, portanto, podia mobilizá-lo no momento posterior da determinação da medida. Todavia, no quadro actual, a declaração de culpa está totalmente ausente do regime do divórcio.<sup>1629</sup>

Questão diferente prende-se com a consideração na determinação do montante de *comportamentos repreensíveis* levados a cabo pelo alimentando. Sabemos que podem ser atendidos quando se trata de negar o direito a alimentos por “razões manifestas de equidade” (artigo 2016.º, n.º 3)<sup>1630</sup>. Trata-se agora de saber se, no caso de não terem sido de gravidade tal que conduzisse a esta recusa, podem desempenhar um papel no âmbito da determinação do montante dos alimentos.

<sup>1627</sup> O princípio da igualdade proíbe qualquer discriminação jurídica entre os cônjuges e, portanto, também no âmbito da extinção da própria relação matrimonial. Sobre o artigo 36.º, n. 3 da CRP, que consagra o princípio da igualdade dos cônjuges, v. J. J. Gomes Canotilho, Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. I, 564.

<sup>1628</sup> Neste sentido, F. M. Pereira Coelho, *Curso de Direito de Família*, vol. I, 1960, p. 858, nota 1 e Adriano P. S. Vaz Serra, *Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça*, 358, nota 2.

<sup>1629</sup> No ordenamento jurídico italiano, procede-se a esta consideração, em virtude do chamado “critério ressarcitório”. Na verdade, tendo em conta que as razões que causaram a dissolução do casamento assumem relevância na determinação do montante do *assegno*, o juiz pode diminuir o montante da pensão a favor do cônjuge responsável pelo divórcio, embora não abaixo do nível alimentar, ou aumentar a pensão, tendo por limite o nível de vida do casamento. Tommaso Auletta, *Diritto di Famiglia*, 251 e 252. Também apontando o limite máximo do nível de vida do casamento, C. Massimo Bianca, *Diritto Civile*, 246.

<sup>1630</sup> Ver Cap. III B.

Esta consideração depende do espaço que concedamos ao juiz para considerar novos factores na determinação dos alimentos. Ora, se é certo que o artigo 2016.º-A, n.º 1, não nos fornece um elenco fechado de tópicos atendíveis, a verdade é que os classifica como “todas as circunstâncias que influam sobre as necessidades do cônjuge que recebe os alimentos e as possibilidades do que os presta”. Todavia, um comportamento repreensível relativamente ao potencial cônjuge devedor não constitui, à partida, um factor que influencia necessidades ou recursos.

Porém, parece-nos que se justifica propor a *interpretação extensiva* do artigo 2016.º, n.º 3. Na verdade, segundo este artigo, “razões manifestas de equidade” sustentam que o direito a alimentos seja negado. Na análise que fizemos da norma, concluímos que estas razões estarão, as mais das vezes, ligadas à conduta do cônjuge alimentante. Pensamos, assim, que ao referir-se apenas à possibilidade de recusar alimentos, a norma disse menos do que a sua *ratio* justifica. Na verdade, os comportamentos humanos podem assumir diferentes graus de relevância e a adopção de soluções pouco flexíveis por parte do legislador não permite dar respostas em consonância com as exigências de proporcionalidade que devem pautar as soluções jurídicas justas. Deste modo, se um comportamento repreensível é bastante para justificar, pela sua gravidade, que se reduza a pensão de alimentos a zero, não a concedendo, por maioria de razão, um comportamento que ostente menor gravidade justifica a redução do montante da pensão alimentícia, embora não seja suficiente para a negar<sup>1631,1632</sup>. Note-se que foi esta a opção expressa do § 1579 do BGB que, com base nos factores que enumera, admite tanto a denegação como a limitação dos alimentos concedidos<sup>1633</sup>. E não se diga que razões de segurança jurídica afastam esta nossa solução. Na verdade, no plano da equidade em que aqui nos movemos, impera a justiça do caso concreto, em que aquelas exigências assumem menor peso e, por outro lado, tendo ainda estas razões de ser “manifestas”, continuará a não ser qualquer conduta que justifica a redução do montante, mas, ainda assim, condutas relevantes. Não avançaremos, por este meio, portanto, para a valorização de comportamentos de censurabilidade bagatelar.

---

<sup>1631</sup> Esta solução mais rígida é também adoptada no CCiv belga, já que o direito a alimentos pode ser negado caso o requerente tenha cometido «une faute grave ayant rendu impossible la poursuite de la vie commune» (art. 301, § 2, al. 2, CCiv belga).

<sup>1632</sup> Na proposta de VAZ SERRA, introduzia-se a consideração dos “actos reprováveis” do alimentando para reduzir o montante. Adriano P. S. Vaz Serra, *Obrigação de alimentos*, 125.

<sup>1633</sup> Ver Cap. I B Necessidade. Relevância da conduta dos cônjuges. A cláusula de equidade do artigo 2016.º, n. 3.”

## 1.2. FACTORES DO ELENCO LEGAL

Importa, agora, analisar as implicações dos factores enunciados na lei na determinação do montante de alimentos. Tratámos antes do modo como conformam as necessidades e possibilidades de alimentando e alimentante. Cabe agora concretizar esta avaliação em termos de medida da pensão alimentícia.

### 1.2.1. Duração do casamento

A duração do casamento é um factor omnipresente nos regimes jurídicos dos alimentos<sup>1634</sup>, ora apresentado enquanto critério determinante da duração da medida, ora, tal como acontece no ordenamento jurídico português, enquanto condicionador do montante, ou mesmo operando em ambos os campos<sup>1635</sup>. A sua influência exerce-se, antes de mais, sobre a situação de necessidade do requerente – na verdade, a degradação da situação económica deste pode ser influenciada pela duração do casamento<sup>1636</sup> e assim, quanto maior for a duração do casamento, tendencialmente maior será o montante da pensão alimentícia ou, pelo menos, a fasquia definida pela necessidade do alimentando<sup>1637</sup>. E, se é certo que a “duração do casamento” aparece geralmente associada a outro factor, a “colaboração prestada à economia do casal”, reforçando assim eventuais pretensões de natureza compensatória que se reflectam no montante dos alimentos, também é verdade que há quem invoque, num plano que se pode situar ao nível do funcionamento puramente solidarístico do instituto, a maior ou menor habituação do cônjuge ao nível de vida do casamento que aquele pode determinar<sup>1638</sup>. É certo que, entre nós, não se garante o nível de vida do casamento através da pensão alimentícia. Tal não significa que, do ponto de vista solidarístico, não se considere o carácter mais sólido que uma relação mais duradoura pode imprimir aos pós-efeitos do casamento.

### 1.2.2. Colaboração prestada à economia do casal

<sup>1634</sup> Veja-se, por exemplo, §1578b (1), art. 301, §3 do CCiv belga, art. 5 co. 6 da L. 898/1970 italiana.

<sup>1635</sup> Cf. artigo 301, §4 do CCiv belga e artigo 1:157 (4) e (6) do CCiv neerlandês.

<sup>1636</sup> Cf. Cap. I B.

<sup>1637</sup> Nathalie Dandoy, *Le lien alimentaire*, 83.

<sup>1638</sup> Tommaso Auletta, *Diritto di Famiglia*, 252, e Totaro, *Gli Effetti del Divorzio*, 1646.

Também a “colaboração prestada à economia do casal” é um factor que assume visibilidade do lado do alimentando, porque, não obstante não ser, em princípio, originadora de despesas acrescidas<sup>1639</sup>, pode coarctar as possibilidades de o alimentando angariar meios para subsistir. A necessidade a que aqui se responde é avaliada tendo em conta esta sua génese, que, como vimos, permite uma avaliação mais generosa do que é necessidade *relevante* e, conseqüentemente, do nível a que ascende a obrigação alimentícia, em função de considerações de *mercimento* do alimentando.

Mas, se não existe um propósito remuneratório, no sentido em que não está em causa uma retribuição da contribuição prestada, já o dissemos, poderá haver, ainda assim, uma intenção compensatória, ainda que assente na base da “necessidade” criada. No direito italiano, associa-se a referência do artigo 5, n.º 6 da Lei do Divórcio (Legge 1 dicembre 1970, n.º 898) à contribuição pessoal e económica de cada um para a gestão familiar e a formação do seu património à existência de um critério compensatório na determinação da medida dos alimentos. Assim, na presença deste factor, admite-se a possibilidade de aumento do *assegno* do cônjuge – não para além do nível do casamento – que tenha realizado uma especial contribuição, para lá do exigido pelos deveres conjugais<sup>1640</sup>.

Também no caso português consideramos que a mencionada colaboração se deve reflectir no montante dos alimentos. E, assim, face a um cônjuge que se encontre numa situação de necessidade potenciada por aquele comportamento contributivo, o decisor deverá ter este facto em conta no montante dos alimentos, desde que não se efectue uma dupla consideração deste factor, em sede de crédito compensatório. Deste modo, a “colaboração prestada à economia do casal” é apta a justificar uma pensão alimentícia que se afaste do mero nível de garantia de uma existência condigna. Na verdade, aqui o fundamento da obrigação de alimentos não assenta na mera solidariedade e convoca uma dimensão de responsabilidade do ex-cônjuge devedor de alimentos, que deve ser chamado a suportar, juntamente com o cônjuge necessitado, as conseqüências negativas das decisões tomadas durante o casamento em função da vida familiar e conjugal.

---

<sup>1639</sup> Devemos entender esta afirmação com algumas reservas. Veja-se, *infra*, as necessidades acrescidas de contribuir para criar direitos pensionísticos.

<sup>1640</sup> Tommaso Auletta, *Diritto di Famiglia*, 252, e C. Massimo Bianca, *Diritto Civile*, 246.

Esta dimensão de responsabilidade do devedor justifica também uma maior exigência ao nível da determinação dos recursos disponíveis. Na verdade, apontámos já para a existência de um critério de razoabilidade avançado pela doutrina para decidir acerca da possibilidade de alienação de bens do obrigado<sup>1641</sup>. Ora, na concretização do que é “razoável”, pode lançar-se mão da fonte da necessidade. Deste modo, se estamos perante uma situação de carência de todo estranha à relação entre os cônjuges, cuja resposta assenta numa ideia de mera solidariedade, será mais difícil sustentar que o património do devedor perca aquele bem. Todavia, se a necessidade do alimentando encontra o seu fundamento naquela relação, torna-se mais plausível a defesa desta alienação. A base compensatória permite, assim, estender as possibilidades do cônjuge devedor e, nesta medida, contribuir para que se possa determinar um maior montante de alimentos a ser satisfeito por este.

Perguntamo-nos, todavia, se este factor funciona apenas do ponto de vista positivo ao nível da determinação do montante, ou também do ponto de vista negativo. Ou seja, será que é só a contribuição acrescida que serve para aumentar o montante dos alimentos a serem pagos, ou será que o facto de o requerente, durante o casamento, não ter levado a cabo o comportamento contributivo que lhe era exigido, mormente no âmbito do dever de assistência, mas também de cooperação, pode influenciar a determinação de um montante mais baixo?

A Doutrina italiana, no âmbito do funcionamento do seu critério compensatório, admite esta última hipótese<sup>1642</sup>. Só excepcionalmente, todavia, pensamos que tal poderá ocorrer. Em primeiro lugar, o incumprimento do dever de contribuição para os encargos da vida familiar recebe já resposta específica do ordenamento jurídico no n.º 4 do artigo 1676.º. Em segundo lugar, apontámos como finalidade subordinada da obrigação de alimentos uma finalidade compensatória e não sancionatória, que é o que parece suceder se entendermos arbitrar alimentos inferiores a quem violou um dever conjugal, enveredando por uma lógica estranha ao actual sistema de divórcio português. Por fim, não podemos reconduzir este comportamento, à partida, às circunstâncias que determinam a necessidade do requerente ou as possibilidades do requerido, pelo que não se trata de um dos

---

<sup>1641</sup> Cf. Cap. I B.

<sup>1642</sup> Tommaso Auletta, *Diritto di Famiglia*, 252.

factores conformadores do montante da obrigação alimentícia permitidos pelo elenco aberto do artigo 2016.º-A, n.º 1.

Encontramos apenas uma forma de fazer reflectir esta conduta ao nível do montante dos alimentos. Consideramos que, “por manifestas razões de equidade”, embora não estejamos perante um caso que nos leve a negar a obrigação de alimentos, ao abrigo da interpretação extensiva que propomos do artigo 2016.º, n.º 3, devemos ter em conta estes comportamentos para efeitos de conceder um montante mais baixo. Terão, no entanto, de estar presentes “manifestas razões de equidade” e, portanto, não é qualquer comportamento que relevará. As mais das vezes, este comportamento contributivo deficitário será simplesmente ignorado para efeito de determinação de alimentos.

#### 1.2.3. Idade avançada e estado de saúde

Os critérios seguintes na lista do artigo 2016.º-A exercem uma dupla função na conformação de necessidades e possibilidades de um e do outro cônjuge.

Por um lado, tanto a idade mais avançada como a saúde mais debilitada potenciam o surgimento de *despesas acrescidas*, relacionadas com as respostas à dependência ou o recurso a tratamentos médicos. Na verdade, o “tratamento das moléstias” aparece-nos como uma das “necessidades de *manutenção*” incluídas no conceito de “sustento” com larga tradição no nosso regime jurídico dos alimentos<sup>1643</sup>.

E, por outro lado, podem *dificultar a angariação de recursos* para responder a essas despesas, já que dificultam o acesso ao mercado de trabalho, por razões do próprio funcionamento deste, que acciona mecanismos discriminatórios em função destes factores, ou porque limitam as possibilidades do exercício de uma actividade profissional em virtude do declínio de aptidões físicas ou intelectuais. Assim, se, do lado do requerente, a idade mais avançada ou o estado de saúde degradado agravam a situação de necessidade – o que se poderá saldar num maior montante dos alimentos –, do lado do obrigado poderá significar uma descida das possibilidades

---

<sup>1643</sup> Cf. Cap. I B.

para fazer face à sua obrigação – e portanto, saldar-se no pagamento de uma pensão mais baixa.

#### **1.2.4. Qualificações profissionais e possibilidades de emprego**

Também as “qualificações profissionais” e as “possibilidades de emprego” podem representar forças opostas do lado da pessoa em situação de necessidade e do obrigado. À partida, o seu papel é desempenhado ao nível dos *recursos* a que cada um pode aceder. E portanto, maiores qualificações e possibilidades de emprego mais fortes diminuem a necessidade do requerente, potenciando a possibilidade de atingir a auto-suficiência, mas quando se verificam do lado do devedor também reforçam os seus recursos mobilizáveis. Por outro lado, uma maior debilidade ao nível destes factores faz com que a possibilidade de fazer face às despesas com os seus próprios meios diminua do lado do requerente, aumentando a necessidade, e, quando incide sobre o obrigado, provoca um decréscimo das possibilidades.

Mas, além de se equacionarem ao nível dos recursos, estes factores podem ser considerados também como justificações para despesas adicionais, tendo em vista, como vimos, criar bases para a almejada auto-suficiência dos cônjuges.

Ora, tal como defendemos, poderemos distinguir os défices de qualificações originados ou elevados pela relação matrimonial e os que são estranhos a esta. Na verdade, esta distinção pode reflectir-se ao nível do montante dos alimentos. De facto, neste último caso, o contributo para a educação irá tendencialmente pautar-se por um mínimo que seja necessário para obter os recursos necessários para a subsistência. Já quando se trata de fazer face a uma necessidade potenciada por uma falta de qualificação determinada pelo casamento – e que pode não ser coberta pelo crédito compensatório do artigo 1676.º, n.º 2<sup>1644</sup> – o julgador terá nas suas mãos uma justificação acrescida para um maior montante de alimentos. Na verdade, pode operar aqui uma lógica compensatória que decorre do facto de ambos os cônjuges terem de suportar as consequências das suas decisões tomadas em vista e em função

---

<sup>1644</sup> Porque, por exemplo, não significou uma maior contribuição para os encargos da vida familiar, pressuposto exigido pela lei no artigo 1676.º, 2, CC, mas implicou apenas uma desistência acordada entre os cônjuges para permitir determinadas opções de estilo de vida (*lifestyle accommodations*).



do casamento, pelo que se pode justificar um maior investimento na educação, em função, é certo, dos recursos do obrigado.

#### 1.2.5. Cuidado de filhos comuns

A lei menciona ainda “o tempo que terão de dedicar, eventualmente, à criação de filhos comuns”. Vimos já o âmbito temporal deste factor e o seu significado no contexto do regime dos alimentos. Há agora que concretizar as suas consequências em termos de montante da pensão alimentícia.

O facto de um dos cônjuges ser cuidador dos filhos comuns tem implicações, desde logo, como a lei reconhece, no tempo disponível para que este se dedique a uma actividade profissional. Este juízo é principalmente dirigido à situação do alimentando, mas, no caso de o progenitor-cuidador ser o devedor de alimentos, há que considerar esta circunstância na menor exigência que lhe deve ser dirigida, no sentido de angariar meios pelo meio do trabalho para responder à obrigação alimentar. É, todavia, em princípio, a pessoa do alimentando a mais afectada pela circunstância de ser o progenitor-cuidador<sup>1645</sup>. E são precisamente as dificuldades ligadas com a assunção de uma actividade profissional ou uma actividade profissional com melhor remuneração que levam a uma menor exigência para com o cuidador no sentido de conseguir os meios, através do trabalho, para fazer face às suas despesas, diminuindo, deste modo, a sua necessidade. A dimensão desta disponibilidade condicionada pela assunção do cuidado pode ser objectivada através do recurso a critérios acessórios, com particular atenção ao número, à idade e ao estado de saúde dos filhos.

Neste ponto, valem considerações análogas às que tecemos relativamente à “colaboração prestada à economia do casal”, no sentido em que não está em causa uma abordagem remuneratória do cuidado dos filhos. Não se optou por atribuir um valor económico à assunção desta actividade *de per se* – actividade que é da responsabilidade de ambos os progenitores e que onera de forma mais pesada ou exclusiva apenas um deles – mas de responder ao impacto que esta tem na degradação da situação económica do alimentando<sup>1646</sup>. Ora, tendo em conta que está

<sup>1645</sup> Tratámos já da relação entre a fragilização da situação económica e a assunção do papel de cuidador em Cap. I C.

<sup>1646</sup> Cf. art. 301, § 3, Código Civil belga, nos termos do qual “Pour apprécier cette dégradation, le juge se fonde notamment sur (...) la charge des enfants pendant la vie commune ou après celle-ci ».

em causa, de algum modo, dar resposta à ausência de partilha igualitária das tarefas parentais, justifica-se que se adopte um padrão de definição do montante dos alimentos que não se pautem por uma medida minimalista. Trata-se de uma aproximação, tímida é certo, à ideia de EEKELAAR de que os alimentos pós-divórcio visam suprir o risco económico desigual que a parentalidade põe sobre homens e mulheres<sup>1647</sup>.

Tais considerações valem isoladamente se nos centrarmos apenas nas relações entre os ex-cônjuges no contexto da sua co-parentalidade, mas também se reflectem na situação dos filhos. Na verdade, a situação económica do progenitor residente reflecte-se no nível de vida do filho. Daí que não seja admissível uma grande assimetria, pelo menos ao nível da satisfação de algumas necessidades, entre o filho e o seu cuidador. Para EEKELAAR, quando está em causa conceder alimentos ao ex-cônjuge cuidador, não é verdadeiramente da situação deste que se trata, mas das pretensões dos filhos, que estão ancoradas num princípio de igualdade de oportunidades<sup>1648</sup>. Não é uma posição difícil de sustentar face à maleabilidade do sistema inglês e a clara prevalência, no contexto das consequências do divórcio, do princípio *Children First*, expressamente consagrado na lei<sup>1649</sup>.

Entre nós, este salto que desliga a concessão de alimentos de pressupostos que se verificam ligados à pessoa do outro cônjuge carece de fundamento técnico. No entanto, não podemos deixar de sublinhar a necessidade prática – motivada pela ligação com o nível de vida que o filho deve gozar e que não deverá ser inferior ao do progenitor alimentante – de o progenitor residente não só poder vir a beneficiar de externalidades que resultam da prestação de alimentos ao filho, como de, em virtude da assunção da tarefa de cuidado e para que a possa desempenhar plenamente, não poder viver numa situação em que se encontre muito mais depauperado do que o filho, em virtude da comunhão de vida que se estabelece entre eles. Pense-se na alimentação ou condições pessoais dentro da habitação familiar que, em termos abstractos, poderiam ser completamente díspares. Mas já não será extensível a actividades de lazer ou férias que o filho poderá realizar com o outro progenitor,

---

<sup>1647</sup> J. Eekelaar, *Equality and the purpose of maintenance*, 198.

<sup>1648</sup> J. Eekelaar, *Equality and the Purpose of Maintenance*, 197 e 198.

<sup>1649</sup> Na verdade, a s. 25 (1) MCA 1973 prevê que "it shall be the duty of the court in deciding whether to exercise its powers, (...) and, if so in what manner, to give regard to all the circumstances of the cases, *first consideration being given to the welfare while a minor of any child of the family who has not attained the age of eighteen*".

comungando assim do nível de vida deste<sup>1650</sup>, e não necessariamente com o progenitor residente.

O impacto do cuidado dos filhos na situação económica do cuidador dá-se logo no mesmo momento em que este é prestado, principalmente ao dificultar o exercício de uma actividade remunerada ou o desenvolvimento do capital humano do cuidador, mas também tem sequelas no futuro. Assim, a ausência ou a posição frágil do alimentando no mercado de trabalho no momento presente tem também repercussões em fases posteriores, por exemplo, ao nível dos direitos pensionísticos deste. Deste modo, integra-se como necessidade do progenitor-cuidador a criação de fundos e a realização de contribuições para a Segurança Social no momento presente, que lhe garantam uma protecção futura<sup>1651</sup>.

Não se deverá incluir na determinação do montante dos alimentos a ex-cônjuge as despesas acrescidas que tenha directamente com os filhos. Na verdade, essas devem ser cobertas pelos alimentos concedidos aos próprios filhos, pois trata-se de prover a necessidades destes.

#### 1.2.6. Novo casamento ou união de facto

Percebemos já em que âmbito relevam o novo casamento ou a união de facto, que se limitam a conformar a posição económica do obrigado a alimentos, já que, do lado do alimentando, o advento de um novo casamento ou de situação de união de facto faz cessar a obrigação de alimentos (artigo 2019.º)<sup>1652</sup>. Importa sim o facto de o devedor da pensão alimentícia inserido numa nova organização familiar poder ter consequências ao nível dos seus recursos disponíveis, o que se reflectirá no montante dos alimentos pós-conjugais<sup>1653</sup>.

Deste modo, no caso de novo casamento, surge uma obrigação recíproca de assistência entre os cônjuges (artigo 1675.º). Isto pode significar que o novo cônjuge

---

<sup>1650</sup> Neste sentido, J. P. Remédio Marques, *Algumas Notas sobre Alimentos*, 190.

<sup>1651</sup> Daí que revista muito interesse a proposta de VAZ TOMÉ da compensação das desvantagens pensionísticas através do direito a alimentos, o que se traduziria na inclusão do pagamento das cotizações para a Segurança Social no conceito de necessidade. Maria João Romão Carreiro Vaz Tomé, *O Direito à Pensão*, 302.

<sup>1652</sup> Cf. Cap. I B e Cap. VI B.

<sup>1653</sup> Cf. Katharina Boele-Woelki et al., *Principles of European Family Law*, 94 e 95.

do obrigado concorra com o ex-cônjuge alimentando na repartição dos recursos finitos daquele. E, assim, as possibilidades do cônjuge devedor, espartilhadas entre duas obrigações legais, diminuem, com reflexos possíveis (embora não necessários) no montante da obrigação de alimentos. Mas o obrigado a alimentos pode ver as possibilidades aumentar em virtude do novo casamento. Na verdade, o novo cônjuge é, ele também, obrigado a prestar assistência. Ora, o facto de se congregarem os recursos dos dois no âmbito da economia comum conjugal pode significar que não se diminuem ou até que se libertam recursos<sup>1654</sup>. Em caso de união de facto, podemos assistir também a fenómenos análogos; todavia, não existem obrigação legais conflitantes de sustento.

#### 1.2.7. Rendimentos e proventos

Por fim, imbuídos de neutralidade quanto ao seu surgimento e sem apontarem para uma tradução ao nível das despesas em que cada um dos sujeitos da relação alimentícia incorre, surgem-nos os “rendimentos e proventos” de alimentante e alimentado. No fundo, para aqui apontam os factores anteriores: o alimentando tem meios, (principalmente, mas não só) “rendimentos e proventos”, que lhe permitam fazer face às suas necessidades? O obrigado tem meios, (principalmente, mas não só) “rendimentos e proventos”, que respondam à situação de necessidade constatada do credor?

No fundo, os “rendimentos e proventos” terão uma incidência *matemática* (quantitativa) e não *valorativa* (qualitativa), ao nível do montante da obrigação de alimentos, uma vez apurada a sua verdadeira disponibilidade para conformar a situação de necessidade do credor e as possibilidades do devedor.

## 2. Métodos de fixação do montante

A maior parte dos sistemas deixa a cargo da faculdade de ponderação do juiz a determinação do montante dos alimentos pós-divórcio<sup>1655</sup>. Foi essa também a opção

---

<sup>1654</sup> Cf. Cap. I B.

<sup>1655</sup> Ver a S. 25 do MCA 1973, para o caso inglês, o art. 5, §6 da Legge Div. Italiana, ou o art. 125, para. 1, 2 ZGB.

do legislador português e a falta de iniciativa de outras instâncias na criação de fórmulas de cálculo confirma a nossa inserção nesta tendência. Todavia, a utilização de fórmulas é reclamada em prol de um sistema mais controlado, tanto pelos decisores, que sentem a necessidade de encontrar uma estrutura que enquadre a sua decisão<sup>1656</sup>, como pelos próprios ex-cônjuges, que anseiam por uma maior previsibilidade<sup>1657</sup>.

O recurso a estes modelos decisórios não elimina a possibilidade de se negociarem os elementos<sup>1658</sup>. Permite, todavia, um maior controlo sobre a discricionariedade judicial, uma necessidade sentida nos sistemas em que esta é muito ampla<sup>1659</sup>, mas também em contextos em que, apesar de o juiz desempenhar uma função mais condicionada pelo poder legislativo, a ausência de um quadro legal suficientemente preciso para o cálculo do montante da prestação leva a soluções jurisprudenciais pouco coerentes.<sup>1660</sup>

### 2.1. *TREMA NORMEN NEERLANDESAS*

Nos Países Baixos, os tribunais seguem as chamadas *Trema Normen* na determinação do montante das pensões alimentícias<sup>1661</sup>. Trata-se de um método de cálculo elaborado pelo Comité da Associação Neerlandesa para Administração da Justiça na década de 70 do século passado e que é actualizado anualmente<sup>1662</sup>. Para o pôr em prática, foi criado um programa informático dirigido ao diferentes grupos-alvo, que permite proceder ao cálculo do montante dos alimentos pós-conjugais, a partir da combinação de uma série de variantes (recursos e despesas de alimentante e obrigado a alimentos, presença de filhos, etc.)<sup>1663</sup>. Apesar de o recurso a este

<sup>1656</sup> John Eekelaar, *Family Justice: Ideal or Illusion?*, 213 ss e, Nina Dethloff et al., *Bemessung des nahehelichen Unterhalts*, 1713.

<sup>1657</sup> Actualmente, nos Países Baixos, Nina Dethloff et al., *Bemessung des nahehelichen Unterhalts*, 1712.

<sup>1658</sup> John Eekelaar, *Family Justice: Ideal or Illusion?*, 215

<sup>1659</sup> John Eekelaar, *Family Justice: Ideal or Illusion?*, 213 ss.

<sup>1660</sup> Nina Dethloff et al., *Bemessung des nahehelichen Unterhalts*, 1708. Na Bélgica, a doutrina maioritária considera que o juiz dispõe de um poder de apreciação demasiado amplo. Por todos, ver Nathalie Dandoy, *Le lien alimentaire*, 87.

<sup>1661</sup> Katharina Boele-Woelki et al., *European Family Law in Action*, vol. II, 198.

<sup>1662</sup> Cf. <http://www.rechtspraak.nl/Procedures/Landelijke-regelingen/sector-familie-en-jeugdrecht/Pages/Werkgroep-Alimentatienormen.aspx>.

<sup>1663</sup> Katharina Boele-Woelki et al., *European Family Law in Action*, vol. II, 343.

método não ser obrigatório para os juízes – não se encontra plasmado em normas legais –, a verdade é que é amplamente difundido<sup>1664</sup>.

As *Trema Normen* centram-se na capacidade de prestar do obrigado a alimentos. Esta é calculada tendo por base o rendimento *draagkrachtloos*, que compreende as despesas necessárias para garantir o mínimo de subsistência, bem como outras despesas relevantes<sup>1665</sup>. Aquilo que resta depois da dedução do rendimento *draagkrachtloos* é o chamado “espaço livre”. Ora, parte deste “espaço livre” deve permitir ainda ao obrigado a alimentos satisfazer despesas extra e só uma percentagem deste é reservada a responder à sua obrigação alimentar<sup>1666</sup>. Finalmente, o montante da pensão de alimentos é calculado tendo em conta a capacidade de prestar assim determinada e a falta de meios do alimentando – o que apresentar a medida mais baixa constitui o limite máximo de montante a receber<sup>1667,1668</sup>.

## 2.2. BAUSTEINMODELL (DETHLOFF, GUTDEUTSCH E KREMER)

No contexto alemão, o cálculo do montante da pensão alimentícia não decorre de um modelo legal, mas a prática dos tribunais é enquadrada pelas directrizes elaboradas pelos tribunais de apelação, entre as quais se destacam as chamadas Tabelas de Düsseldorf<sup>1669</sup>. Estas assentam na individualização de diferentes situações de facto do alimentado e do obrigado (a sua situação profissional e recursos) e estabelecem, consoante cada situação, a parte dos recursos do requerido que cabe ao alimentado. Garante-se, todavia, que um mínimo fica reservado ao alimentante para as suas necessidades (*Selbstbehalt*)<sup>1670</sup>.

<sup>1664</sup> Katharina Boele-Woelki et al., *European Family Law in Action*, vol. II, 198.

<sup>1665</sup> Katharina Boele-Woelki et al., *European Family Law in Action*, vol. II, 198.

<sup>1666</sup> Katharina Boele-Woelki et al., *European Family Law in Action*, vol. II, 198.

<sup>1667</sup> Katharina Boele-Woelki et al., *European Family Law in Action*, vol. II, 199.

<sup>1668</sup> Foi-nos transmitido que as *Trema Normen* têm sido objecto de críticas recentes, estando em análise, desde 2012, planos de diferentes partidos políticos neerlandeses para as reformar. A principal objecção diz respeito à sua complexidade e o intuito das propostas apresentadas é desenvolver um método de cálculo simplificado que permite aos próprios ex-cônjuges proceder a esta contabilização através de uma ferramenta disponível na internet.

<sup>1669</sup> Dieter Schwab, Monika Görtz-Leible, *Meine Rechte bei Trennung und Scheidung*, 237-239.

<sup>1670</sup> *Idem*.

Nesta sede, interessa-nos analisar a proposta doutrinal do *Bausteinmodell*, avançada por DETHLOFF, GUTDEUTSCH e KREMER, que, tal como as Tabelas de Düsseldorf, não constitui um método formal de avaliação<sup>1671</sup>. Na verdade, na sequência da *Unterhaltsänderungsgesetz* de 2007, a ideia de compensação da necessidade criada pelo casamento (*ehebedingte Bedürftigkeit*) através dos alimentos ganhou centralidade, o que levantou problemas de identificação e avaliação destas desvantagens. Ora, face às dificuldades em determinar as desvantagens sofridas com o casamento, que são delineadas no confronto com o percurso de vida que o requerente de alimentos teria tido se não fosse o casamento e que implicam, portanto, uma reconstrução hipotética da carreira do alimentando, os Autores do *Bausteinmodell* reconhecem que, em determinadas situações, principalmente casamentos de longa duração, tal requereria “capacidades proféticas”<sup>1672</sup>. Assim, as incertezas na reconstrução hipotética da história do emprego impedem, muitas vezes, o requerente de fundamentar devidamente o seu pedido<sup>1673</sup>.

A solução do *Bausteinmodell* parte do princípio de que as desvantagens sofridas por um cônjuge durante o casamento correspondem, na maior parte das vezes, às vantagens obtidas pelo cônjuge obrigado a alimentos. Assim, por exemplo, aquele que renunciou a uma profissão remunerada com fundamento na divisão consensual do trabalho, nos termos do § 1356 (1) S. 1 do BGB, apoia em regra o seu cônjuge e presta a sua colaboração para que este obtenha o rendimento do seu emprego<sup>1674</sup>.

O *Bausteinmodell* visa determinar um montante global (*Pauschalierung*) dos alimentos pós-divórcio, bem como a sua duração. Para tal, ao invés de tomar como ponto de partida para a determinação do montante dos alimentos as desvantagens sofridas com o casamento, articula uma série de elementos que, em última análise, traduzem esta realidade.

Assim, o modelo subdivide-se em quatro níveis de relevância jurídica da duração do casamento, que concretizam o princípio básico de que tanto a medida como a duração dos alimentos devem ser proporcionais à duração do casamento, de

---

<sup>1671</sup> Nina Dethloff et al., *Bemessung des nachehelichen Unterhalts*, 1708 e ss.

<sup>1672</sup> Nina Dethloff et al., *Bemessung des nachehelichen Unterhalts*, 1708.

<sup>1673</sup> *Idem*.

<sup>1674</sup> Nina Dethloff et al., *Bemessung des nachehelichen Unterhalts*, 1709.

acordo com parâmetros matemáticos pré-determinados. Cada um destes níveis traduz um tipo de limitação do emprego relacionada com o casamento. No nível um, teremos os casamentos de duplo rendimento (*Doppelverdienerhe*) ou casais de duplo emprego. Nestes casamentos, presume-se a existência de desvantagens em função da disparidade de rendimentos dos cônjuges, já que neste caso será provável que os planos do casamento tenham sido orientados no sentido do que ganha mais, tendo o outro dado a contribuição mais importante para a família. No nível dois, encontramos os casamentos em que, não obstante ambos prosseguirem um emprego a tempo inteiro, um dos cônjuges sofreu limitações na sua carreira – por exemplo, aceitando uma actividade menos exigente – em função do casamento ou da assunção do papel de cuidador. Seguidamente teremos a renúncia a um emprego a tempo inteiro, que implica, portanto, uma desistência parcial da vida profissional. Por fim, no último nível, teremos a renúncia total à actividade profissional para o desempenho da função de cuidador. É esta a situação que exige uma medida superior de alimentos, justificada pelas duas perspectivas que, no direito alemão, fundam os alimentos, expressão da co-responsabilidade dos cônjuges (*Mitverantwortung*) – a da compensação, por um lado, e a da participação<sup>1675</sup>, por outro, esta última que encontra expressão na medida dos alimentos pós-conjugais do § 1578 (1) S. 1 do BGB – o nível de vida do casamento<sup>1676</sup>.

Segundo esta proposta, o montante da pensão de alimentos representa uma percentagem da diferença de rendimento dos cônjuges, percentagem essa cujo valor convencionado depende da configuração do casamento, multiplicado por cada ano de casamento<sup>1677</sup>. O crescimento desta percentagem por ano de casamento, está, todavia, sujeito a um tecto – *der Gattenquote* – de 3/7 da diferença de rendimento<sup>1678</sup>.

---

<sup>1675</sup> Nina Dethloff et al., *Bemessung des nahehehlichen Unterhalts*, 1710.

<sup>1676</sup> Nina Dethloff et al., *Bemessung des nahehehlichen Unterhalts*, 1709.

<sup>1677</sup> Assim, propõe-se que no Nível 1 (*Doppelverdienerhe*) por ano de casamento pode ser concedido 2% da diferença dos rendimentos, no Nível 2 (*Ehebedingte Einschränkung der Erwerbstätigkeit oder primary caretaker trotz Vollerwerbstätigkeit*) por ano de casamento pode ser concedido 3% da diferença dos rendimentos, no Nível 3 (Renúncia ao emprego a tempo inteiro relacionada com o casamento ou limitação da actividade profissional em virtude da prestação de cuidados (*Ehebedingter Vollerwerbsverzicht oder betreuungsbedingte Einschränkung der Erwerbstätigkeit*) teríamos 4% e finalmente no nível 4 Renúncia total a actividade profissional em função do cuidado [aos filhos] (*Betreuungsbedingter Vollerwerbsverzicht*) seriam estimados 5%. Nina Dethloff et al., *Bemessung des nahehehlichen Unterhalts*, 1710.

<sup>1678</sup> Assim, por exemplo, num casamento de nível 4, o tecto máximo atinge-se com menos anos de casamento, do que nos casamentos dos outros níveis. Deste modo, quando há cuidado a filhos comuns durante o casamento o tecto mais alto também para os alimentos pós-conjugais (§ 1578 Abs. 1 S. 1 BGB), atinge-se muito mais depressa do que num casamento de duplo rendimentos sem filhos (*kinderlosen Doppelverdienerhe*). Nina Dethloff et al., *Bemessung des nahehehlichen Unterhalts*, 1710.



A duração dos alimentos também é determinada pelo *Bausteinmodell*. Assim, nos diferentes níveis-esquemas de casamento, a cada ano de casamento é associada uma determinada duração do pagamento<sup>1679</sup>.

Para DETHLOFF, GUTDEUTSCH e KREMER, a *Bausteinlösung* não deve, todavia, fazer o decisor descurar a totalidade das circunstâncias do caso na decisão final. O modelo existe para melhorar a previsibilidade das decisões almejada pela prática, mas só se deverá receber os resultados da tabela imediatamente se outros factores não depuserem noutro sentido<sup>1680</sup>. Aliás, os Autores recomendam que se prevejam margens de flutuação (*Bandbreiten*), já que a tabela só fornece um quadro de orientações sem pretensões de vinculatividade<sup>1681</sup>. Por um lado, propõem-se, por exemplo, correcções em função da existência de uma doença. E sugere-se ainda que, ao tempo real do casamento, se adicione o período pós-divórcio de cuidado dos filhos. Mas, por outro lado, também se avança a ideia de que a duração do casamento possa ser desconsiderada em casos de longa separação. E, para efeitos de não conceder a pensão, que se estabeleçam limites mínimos, situações que, pela sua insignificância, não devem ser contempladas<sup>1682</sup>. Ou, no sentido de uma maior generosidade na sua contemplação, que os alimentos não sejam limitados temporalmente quando a sua duração for superior à esperança média de vida.

### 2.3. ADVISORY GUIDELINES (ROGERSON E THOMPSON)

No Canadá, também se sentiu a necessidade de criar linhas orientadoras para determinar a obrigação de alimentos pós-conjugal, face a um contexto jurídico de alguma incerteza na aplicação da lei. Na verdade, o *Divorce Act* de 1985 prevê que os alimentos entre ex-cônjuges prossigam fins de natureza diversa<sup>1683</sup> e aponta como factores a serem considerados na fixação da medida dos alimentos, além das

<sup>1679</sup> No Nível 1, por ano de casamento seriam estabelecidos 0,25 anos de pagamento de alimento; no nível 2 poderia, então, desencadear por ano de casamento, alimentos de 0,5 anos; no Nível 3 poderia manter-se 1 ano por ano de casamento e no nível 4, a duração seria de 2 anos por ano de casamento

Nina Dethloff et al., *Bemessung des nachehelichen Unterhalts*, 1711.

<sup>1680</sup> Nina Dethloff et al., *Bemessung des nachehelichen Unterhalts*, 1711.

<sup>1681</sup> *Idem*.

<sup>1682</sup> Além disso, deve também se devem aplicar limites superiores e inferiores (Unter- und Obergrenzen). Uma prestação de alimentos de menos do que 10% da diferença no rendimento, por regra, não deve ser concedida devido à sua insignificância. Nina Dethloff et al., *Bemessung des nachehelichen Unterhalts*, 1711.

<sup>1683</sup> Cf. S. 15.2 (6) do 1985 Divorce Act.

condições, necessidades e meios dos cônjuges, entre outras circunstâncias, o período em que coabitaram, as funções que desempenharam durante a vida em comum e qualquer acordo relativo aos alimentos<sup>1684</sup>. Uma jurisprudência errante<sup>1685</sup> fez com que a interpretação judicial do *Divorce Act* apontasse para diferentes direcções quanto aos fundamentos para conceder alimentos e que imperasse a discricionariedade na decisão do juiz. Assim, apesar de o conceito de “necessidade” ser central, assume diferentes significados, o que resulta numa determinação do montante e da duração dos alimentos incerta e imprevisível<sup>1686</sup>.

Com este quadro de fundo, o Departamento de Justiça canadiano iniciou um projecto, tendo em vista a criação de linhas orientadoras para a determinação do montante e da duração da obrigação de alimentos entre ex-cônjuges. Não se pretendeu levar a cabo uma reforma legislativa, mas reflectir e organizar as tendências da prática judicial, criando um instrumento que funcionasse a título de recomendação<sup>1687</sup>.

Coube a ROGERSON e THOMPSON desenvolver este método. Os Autores abandonaram a ambição de construir uma fórmula única que compreendesse todos os cálculos de alimentos pós-conjugais e elaboraram os seus *Advisory Guidelines* em torno de duas fórmulas – uma em que se têm em conta os alimentos a filhos (*with child support formula*) e outra em que estes se encontram ausentes (*without child support formula*). Em qualquer dos casos, não se obtêm valores precisos, mas um espectro possível relativo tanto ao montante como à duração da obrigação de alimentos, que ainda está sujeito a uma série de excepções<sup>1688</sup>.

A *without child support formula* combina princípios de natureza compensatória e não compensatória. Calcula o montante aplicando uma percentagem à diferença de rendimento entre os cônjuges (*diferencial de*

---

<sup>1684</sup> Cf. S. 15.2 (4) do 1985 Divorce Act.

<sup>1685</sup> Devem ser mencionados neste percurso jurisprudencial, o caso *Pelech*, de 1987, que pugnou pelo modelo do *clean break*, subsequentemente afastado pela concepção compensatória dos alimentos presente em *Moge*, em 1992, que aponta como primeiro propósito a compensação por desvantagens económicas e pelas vantagens conferidas e, por fim, o caso *Bracklow* de 1999, que ultrapassa uma concepção puramente compensatória para aceitar os alimentos fundados apenas na necessidades.

Sobre as variações da jurisprudência canadiana ao abrigo do *Divorce Act* de 1985, ver Malcolm Kronby, *Canadian Family Law*, 41 ss.

<sup>1686</sup> Carol Rogerson, *Developing spousal support guidelines*, 10 e 12.

<sup>1687</sup> Cynthia Lee Starnes, *The Marriage Buyout*, 109.

<sup>1688</sup> Rogerson, Carol; Rolie Thompson, (2008) *Spousal Support Advisory Guidelines*. July, (03.04.2014), pp. 156, in [http://www.justice.gc.ca/eng/pi/fcy-fea/spo-epo/g-ld/spag/pdf/SSAG\\_eng.pdf](http://www.justice.gc.ca/eng/pi/fcy-fea/spo-epo/g-ld/spag/pdf/SSAG_eng.pdf)

*rendimento bruto*) (1,5 a 2%), por ano de casamento (em que existe coabitação), até a um máximo de 50%. Os casamentos de mais de 25 anos vêem o seu montante fixado entre 37,5 e 50% da diferença de rendimento. A duração, por sua vez, é determinada fazendo corresponder a cada ano de casamento meio ano de pagamento da pensão alimentícia. Esta duração será ilimitada se o casamento tiver durado mais de 20 anos ou se, tendo durado cinco ou mais anos, a duração do casamento e a idade do alimentando totalizam 65 ou mais anos<sup>1689</sup>.

Quando está em causa a *with child support formula*, a concepção subjacente é maioritariamente compensatória, assente na ideia de *parental partnership*. No que diz respeito ao *montante*, este não varia consoante a duração do casamento. Para o determinar, procede-se, em primeiro lugar, à determinação do rendimento disponível líquido (INDI) de cada cônjuge; em segundo lugar, combinam-se estes dois valores e calcula-se o espectro de valores da pensão alimentícia que permita que o cônjuge com rendimentos mais baixos fique com 40 a 46% do INDI combinado. No que toca à *duração*, a decisão inicial não a especifica, sendo esta determinada por revisão. O limite superior é estabelecido ou no número de anos correspondente à duração do casamento ou tendo por referência a data em que o filho mais novo termina o ensino liceal. O limite inferior encontra-se ou no número de anos correspondente a metade da duração do casamento ou na data em que o filho mais novo ingressa no ensino a tempo inteiro (*full-time school*)<sup>1690,1691</sup>.

Por fim, as linhas orientadoras de ROGERSON e THOMPSON consagram um catálogo amplo de excepções aos resultados a que aquelas fórmulas conduzem. Vejam--se, por exemplo, a referência geral a circunstâncias financeiras de relevo, a existência de dívidas ou de obrigações de alimentos anteriores (relativas a filhos ou a anterior ex--cônjuge), de doença ou deficiência ou a invocação da “excepção compensatória” em casamentos de curta duração<sup>1692</sup>.

<sup>1689</sup> Malcolm. C. Kronby, *Canadian Family Law*, 64

<sup>1690</sup> Cynthia Starnes, *The Marriage Buyout*, 111.

<sup>1691</sup> No caso da *with child support formula* estaremos perante não uma, mas uma “família de fórmulas”, consoante os esquemas de guarda presentes em cada caso. Assim, a primeira situação refere-se ao cuidador principal enquanto cônjuge carenciado que recebe tanto *child support* como *spousal support*. Contemplam-se, de seguida, as situações de residência partilhada (*shared custody*), de residência separada (*split custody*), e o caso em que o devedor, com maior rendimento, é o cuidador principal (*custodial payor hybrid formula*). Ainda é previsto o caso dos filhos maiores, que eventualmente até se encontrem fora de casa para prosseguir estudos. V. <http://www.justice.gc.ca/eng/fl-df/spousal-epoux/topic-theme/dir/with-avec.html>

<sup>1692</sup> A aplicação destas linhas orientadoras não tem tido, todavia, a mesma expressão em todo o território canadiano. De facto, e apesar de alguma adesão inicial, após a decisão *G.V. v. C.G.* de Junho de 2006, do Tribunal de Apelação do Québec, houve uma redução dramática do recurso a estas. Na verdade, este Tribunal, apesar de não condenar a proposta

#### 2.4. LINHAS DECISÓRIAS PROPOSTAS

A elaboração de métodos de cálculo ou, pelo menos, de linhas orientadoras na determinação do montante dos alimentos também seria aconselhável no ordenamento jurídico português. Na verdade, as incertezas face à lei e as aspirações que outros sistemas depositam neste tipo de instrumentos podem igualmente ser experienciadas no nosso contexto. São comuns a incerteza e imprevisibilidade da lei, assente em critérios muito vagos, que conduzem a uma medida incerta. O conceito central, o de “necessidade”, pode assumir diferentes significados, assente em múltiplas bases, determinado por diferentes factores. No que diz respeito às finalidades a prosseguir, também não existe uma definição sólida – segundo cremos, elegem-se finalidades essencialmente solidarísticas, mas sem abandonar pretensões compensatórias. Deste modo, é concedida uma ampla margem de apreciação judicial que pode comportar grande variação de decisões<sup>1693</sup>. Para além da ausência de definição legal para o julgador, também se torna difícil para os cônjuges e para os seus representantes em juízo esta ausência de previsibilidade. Melhorá-la significa também a criação das condições que permitem aumentar a disponibilidade para acordo por parte dos interessados e a negociação das consequências do divórcio em função destes dados<sup>1694</sup>, obter dados mais precisos no cálculo de pagamentos *una tantum*, quando possíveis, facilitando assim o *clean break*<sup>1695</sup>. Assim, e à semelhança dos outros ordenamentos em que a criação destes instrumentos não tem origem legal nem carácter vinculativo, pensamos que não só teria utilidade, mas haveria abertura do sistema para criar orientações a título de recomendação de que os tribunais pudessem lançar mão e viessem, assim, também a guiar os outros actores judiciais.

---

de Rogerson e Thompson, criticou a primeira instância por recorrer às fórmulas das linhas orientadoras automaticamente, em detrimento de uma análise detalhada do caso individual. Desde então o recurso a estas linhas orientadoras no Québec tem sido escasso, tanto na prática judicial como no próprio uso por parte dos advogados e mediadores nas fases pré-judiciais. Rogerson, Carol; Rollie Thompson, (2008) Spousal Support Advisory Guidelines. July, 03.04.2014), 154 e 155, in [http://www.justice.gc.ca/eng/pi/fcy-fea/spo-epo/g-ld/spag/pdf/SSAG\\_eng.pdf](http://www.justice.gc.ca/eng/pi/fcy-fea/spo-epo/g-ld/spag/pdf/SSAG_eng.pdf)

<sup>1693</sup>Veja-se o estudo de Bona e Bazzanella sobre as decisões judiciais de determinação de prestações alimentícias cuja análise empírica sustenta que, ao invés de utilizarem métodos próprios da lógica clássica, os decisores judiciais assentam as suas decisões em estratégias decisórias simplificadas, com grande influência de preconceitos de género. Carlo Bona; Barbara Bazzanella, L'assegno di mantenimento, 161 ss.

<sup>1694</sup> Nina Dethloff et al., Bemessung des naheheulichen Unterhalts, 1712.

<sup>1695</sup> Nina Dethloff et al., Bemessung des naheheulichen Unterhalts, 1712

Recusámos que o legislador eleja uma medida determinada como padrão dos alimentos pós-divórcio<sup>1696</sup>. O regime actualmente vigente não aponta para a manutenção do nível do casamento, nem para a mera subsistência, mas para uma medida que será fixada em concreto mediante as circunstâncias definidoras dos pressupostos em cada caso. Assim, não é apontando para um alvo certo, mas navegando entre vários pontos que podemos enquadrar a medida da obrigação alimentar.

Há espaço para este tipo de elaboração doutrinal a partir dos dados que se podem extrair da lei. Não dispomos, é certo, para tal propósito, de um instrumento como o que é dado pelo artigo 301, § 3, do Código Civil belga. Na verdade, esta disposição determina que o montante da pensão alimentar “deve cobrir ao menos o estado de necessidade do beneficiário” e que “não pode exceder um terço dos rendimentos do devedor”. Entre estas duas balizas, explica-nos DANDOY, o juiz procede à apreciação da “degradação significativa da situação económica do beneficiário”, de acordo com os factores enunciados na lei (duração do casamento, idade dos cônjuges e a sua conduta durante o casamento relativa à organização das necessidades, cuidado dos filhos durante a vida em comum ou depois)<sup>1697</sup>. Mas é possível determinar pontos de referência para construir um esquema decisório.

Determinámos já que o limite inferior para os alimentos a prestar ao ex-cônjuge não se encontra ao nível da mera subsistência, já que exigências de natureza constitucional elevam aquilo que deve ser prestado a quem carece das bases materiais para “mínimo *para* uma *existência* condigna”<sup>1698</sup>. Este será a *linha de base intransponível*, o chão abaixo do qual perde sentido e função a prestação alimentícia. Não é, todavia, por referência a este patamar que se traça o nível mínimo em que a prestação alimentícia pode ser fixada. O *limite mínimo* é desenhado em função da *necessidade do alimentando*, determinada à luz de uma perspectiva subjectiva da necessidade e não da concepção objectiva para que aquele estalão aponta. Assim, a mais baixa prestação alimentícia é determinada pelo indispensável para atender à *necessidade* do alimentando, avaliada segundo a sua condição pessoal e social. A este nível mínimo serão relegados, em princípio, aqueles alimentandos que beneficiam de um direito de base puramente solidarística (i.e., em que a *necessidade*

---

<sup>1696</sup> Cf. Cap I B.

<sup>1697</sup> Nathalie Dandoy, *Calcul des pensions alimentaires entre époux*, 987-1008.

<sup>1698</sup> José Carlos Vieira de Andrade – «Anotação ao Ac. TC n.º 509/02 (rendimento social de inserção)», *Jurisprudência Constitucional*, n. 1, Janeiro-Março 2004, p. 29.

*do alimentando* não está determinada pelos factores de diferenciação que convocam uma resposta de natureza compensatória). O limite máximo é-nos dado pelas *possibilidades do obrigado*<sup>1699</sup>, ou seja, pelos seus recursos disponíveis, tal como já os definimos<sup>1700</sup>. Entre estas balizas, teremos uma medida flutuante dos alimentos e poderemos atingir valores mais ou menos elevados, resultado do funcionamento de factores de diferenciação e da aplicação do critério de proporcionalidade. Assim, se estivermos perante a prossecução de finalidades compensatórias subordinadas em função do cuidado dos filhos ou, nos casos em que seja admissível, de colaboração, este nível poderá atingir valores mais altos – porque a necessidade *relevante* para convocar a obrigação de alimentos varia em função destes factores.

O critério da proporcionalidade não funciona aqui como uma pura medida matemática. É certo que é relevante apreciar a relação entre meios e necessidades, enquanto grandezas quantificáveis numericamente, para que a lei aponta. Mas o critério da proporcionalidade tem também uma dimensão de ponderação valorativa. É o que permite uma maior exigência ao obrigado quando estamos perante o funcionamento de pretensões compensatórias e não no caso de alimentos puramente solidarísticos. Certo é que devemos estar sempre perante situações que possam considerar-se “de necessidade”, porque os alimentos pós-divórcio no ordenamento jurídico português são de base assistencial e as finalidades compensatórias não desempenham um papel autónomo neste quadro.

No caso dos alimentos puramente solidarísticos, a existência de uma situação “de necessidade” não se questiona. Na verdade, não se visará assegurar muito mais do que o indispensável para satisfazer as necessidades determinadas de acordo com os critérios que definem a situação daquele sujeito. Mas, no caso de estarem presentes pretensões compensatórias, este nível pode subir. Neste caso, teremos de considerar que existe “necessidade” nas situações em que, em função do funcionamento dos factores mencionados, tenha havido uma *degradação significativa da posição económica* do alimentado. Mas o nível de vida do casamento<sup>1701</sup> será uma referência irrelevante – quer para fixar o nível da pensão

---

<sup>1699</sup> V. Silvia Governatori, Il quadro normativo, 109.

<sup>1700</sup> Cf. Cap. I B.

<sup>1701</sup> No ordenamento jurídico italiano, todavia, onde, depois da modificação legislativa de 1987 (L. 6 marzo 1987, n. 74), o *assegno divorzile* perdeu a base para sustentar a natureza compostas, assente nos critérios de atribuição autónoma assistencial, ressarcitório e compensatório, o nível de vida do casamento é tomado como referência para determinar a necessidade que convoca os alimentos, agora de natureza eminentemente assistencial. Silvia Governatori, Il quadro normativo, 107.

alimentícia quer para o afastar e nem por aqui haverá espaço para integrar no conceito de necessidade consumos de luxo<sup>1702,1703</sup>. Assim, não se trata de acorrer a uma situação de carência *stricto sensu*, mas de garantir um nível de vida razoável em função destas considerações.

Não nos parece que possamos enveredar pelas mesmas opções do *Bausteinmodell*, destinado a medir as desvantagens sofridas em virtude do casamento. Nessa avaliação, está centrado o crédito compensatório no ordenamento jurídico português, não os alimentos pós-conjugais. Também nos parece ser de olhar com cautela para as soluções canadianas. De facto, não só têm na base uma osmose entre alimentos a ex-cônjuge e a filhos, incompatível com os dados do nosso sistema, como não fazem uma clara distinção de propósitos compensatórios e não compensatórios. Na nossa opinião, é essencial fazer-se esta distinção.

---

<sup>1702</sup> O que não deixa de ser, também, um termo passível de ser preenchido de formas muito diversas em função de circunstâncias de tempo e lugar.

<sup>1703</sup> Pensemos também nas situações que já mencionámos em que as “razões de equidade” do n. 3 do artigo 2016.º não chegam para excluir o direito a alimentos, mas justificam um montante mais baixo do que aquele a que, atendendo à necessidade e às possibilidades de credor e devedor tal como definidas em função dos tópicos legais, se chegaria.

CAPÍTULO III  
**Sujeitos**





PARTE A

# Crédito Compensatório



## 1. O cônjuge divorciado e a sua posição como sujeito do crédito compensatório<sup>1704</sup>

### 1.1. CÔNJUGES DIVORCIADOS COMO SUJEITOS. SITUAÇÕES EQUIPARÁVEIS AO DIVÓRCIO.

Neste estudo analisamos o crédito compensatório como efeito do *divórcio* e, portanto, efectuamos uma leitura desta figura tendo como pano de fundo esta forma de dissolução do casamento, tal como é hoje configurada no nosso ordenamento jurídico. A compensação que é prevista no artigo 1676.º não foi pensada (nem faria sentido que o fosse) para o contexto da vida conjugal. É isto, aliás, o que a doutrina que se debruçou sobre o tema tem vindo, de uma forma ou de outra a concluir. Analisaremos mais tarde<sup>1705</sup> o momento ou os momentos em que o direito a uma compensação se torna exigível, mas neste ponto poderá já adiantar-se que tal só poderá acontecer quando deixa de existir o projecto de vida comum conatural ao casamento e que funda os comportamentos que dão origem ao surgimento deste crédito. Podemos, então, questionar se existem outras situações passíveis de acolher a figura do artigo 1676.º, n. 2.

Pensemos na *separação de pessoas e bens*. Esta não implica a extinção da relação matrimonial, mas a modificação do vínculo que opera aproxima-a do divórcio, pelo menos no que diz respeito ao âmbito material do casamento com que relacionamos o crédito compensatório. De facto, a separação de pessoas e bens extingue os deveres de coabitação e assistência<sup>1706</sup> e, relativamente aos bens, produz os mesmos efeitos da dissolução do casamento (artigo 1795.º-A). Por um lado, os cônjuges deixam de ter vida em comum, cessa a contribuição para os encargos da vida familiar e portanto põe-se termo ao quadro de facto que justifica o crédito compensatório. Por outro lado, os efeitos patrimoniais da separação de pessoas e bens são os mesmos do divórcio e criam-se, assim, as mesmas condições para fixar e avaliar os “prejuízos patrimoniais importantes” que eventualmente tenha sofrido o cônjuge que contribuiu de forma excessiva. Assim, justifica-se a aplicação de um

---

<sup>1704</sup> Optamos por tratar dos sujeitos do crédito compensatório e da obrigação de alimentos neste ponto da nossa exposição a bem da simplificação da exposição. Na verdade, tornou-se-nos claro que o momento lógico para tratar da questão do montante destas obrigações, sem quebra da linha de pensamento, seria imediatamente após o tratamento dos pressupostos delas. Daí que a matéria dos sujeitos tenha sido transferida para momento subsequente, ao invés de ser tratada, como é tradicional, numa posição dianteira.

<sup>1705</sup> Cf. Cap. IV, A.

<sup>1706</sup> Cf. Cap. III B.

regime pensado para o divórcio a esta situação análoga. Note-se que a remissão dos efeitos da separação de pessoas e bens para os efeitos do divórcio não existe apenas de forma genérica para os efeitos patrimoniais, mas ainda relativamente à figura dos alimentos (*v.* artigo 2016.º, n. 4).

Já no caso de declaração de *nulidade ou de anulação* do casamento a relação matrimonial extingue-se, mas, à partida, não produzirá quaisquer efeitos, em conformidade com a eficácia retroactiva da invalidação, que resulta da regra do artigo 289.º. Teremos, no entanto, de atentar na possibilidade de ver funcionar o instituto do casamento putativo. Assim, se o cônjuge que sofreu prejuízos patrimoniais importantes em função da sua actividade contributiva estiver de boa-fé<sup>1707</sup>, e preenchidos os restantes pressupostos do instituto<sup>1708</sup>, pensamos que poderá requerer o pagamento do crédito compensatório. De facto, também neste caso, embora sobre as bases inquinadas de uma relação inválida, se terá construído um projecto de vida comum. Terá sido em função desse projecto de vida passado que o cônjuge se colocou em posição de requerer o crédito compensatório.

É certo que admitir esta possibilidade contraria a caracterização clássica do funcionamento das regras do casamento putativo, no sentido em que não podem surgir efeitos novos, mesmo quando dependentes apenas da sua existência passada, ao contrário da dissolução do casamento por divórcio<sup>1709</sup>, em que os cônjuges se considerariam para efeitos futuros, como tendo sido cônjuges no passado. No entanto, PEREIRA COELHO e GUILHERME DE OLIVEIRA lembram que esta distinção já não seria compatível com a totalidade do regime legalmente plasmado do casamento putativo, nomeadamente com a possibilidade de, nos termos do artigo 2017.º, se prevêr um direito a alimentos a favor do cônjuge de boa fé, ainda que a necessidade de alimentos advenha depois da declaração de nulidade ou da anulação do casamento<sup>1710</sup>.

Ora, apesar da ausência de referência normativa expressa relativamente ao crédito compensatório, pensamos que se justifica a analogia com a norma do artigo 2017.º. Na realidade, parece que estamos perante uma verdadeira lacuna,

---

<sup>1707</sup> Tanto quando estão ambos os cônjuges de boa fé como quando é o único a apresentar-se nesta situação.

<sup>1708</sup> Segundo Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira estes requisitos são três: i) a existência do casamento (artigo 1630.º, n. 1); ii) a declaração de nulidade ou a anulação do casamento (artigo 1647.º, ns. 1 e 3 e 1632.º); iii) a já referida boa fé de um ou de ambos os cônjuges, excepto no que diz respeito aos efeitos quanto aos filhos (artigo 1827.º). Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira, Curso, 308.

<sup>1709</sup> Fernando Andrade Pires de Lima, *O casamento putativo no direito civil português*, 215 e 216.

<sup>1710</sup> Pereira Coelho, Guilherme de Oliveira, Curso, 309, nota 344.

consistente com a regulamentação minimalista que o legislador fez do crédito compensatório e que convoca um esforço interpretativo e integrativo em vários momentos. E cremos também que a ressalva que é feita no artigo 2017.º relativamente à produção de um efeito subsequente à extinção da relação matrimonial evse justifica também – e até mais – aqui. Na verdade, é mais premente sustentar um efeito que resulta da responsabilidade de um cônjuge que viveu de facto naquela relação matrimonial – o crédito compensatório –, do que um efeito que assentará porventura apenas na solidariedade<sup>1711</sup> ligada a um *status* que foi retroactivamente eliminado – os alimentos pós-divórcio.

#### 1.2. EXCLUSÃO DO CRÉDITO COMPENSATÓRIO NO CASO DE DISSOLUÇÃO DO CASAMENTO POR MORTE

Importa, por fim, perceber se no caso de dissolução do casamento por morte pode ser requerido o crédito compensatório.

Na verdade, não seria tecnicamente descabido ver a questão resolvida no âmbito da partilha por morte, nem o decorrer de um casamento – os comportamentos contributivos, as renúncias e os prejuízos – ao qual a morte pôs termo se distingue necessariamente daquele que terminou por divórcio. Não nos parece, no entanto, que as situações sejam equiparáveis. Não por não ser compatível com a natureza que assinalámos ao crédito compensatório, porque, na verdade, a matriz de responsabilidade que lhe reconhecemos seria até favorável a não afastar a concessão do crédito compensatório. No entanto, pensamos que os contornos da situação do cônjuge acabam por justificar que se deixe cair o crédito compensatório.

É certo que, por ocasião da morte de um *de cuius* casado num regime de comunhão, tem lugar a partilha conjugal, tal como na sequência do divórcio (arts. 1688.º, e 1689.º)<sup>1712</sup>. Ora, como já concluímos, embora esta operação vise responder também à contribuição que cada um dos cônjuges deu para a construção do património comum e seja um importante elemento a ponderar em termos de cálculo do montante do crédito compensatório, não elimina a necessidade de recorrer a esta figura. Todavia, à partilha conjugal segue-se a partilha da herança e, no contexto

---

<sup>1711</sup> Vimos já que não é sempre assim- cf. Cap. I, B.

<sup>1712</sup> Embora não necessariamente nos mesmos termos. Vejam-se a impressionante aplicação do regime do artigo 1790.º aos casos de partilha conjugal por divórcio e não por morte.

desta, o cônjuge goza de uma posição de favor, relativamente à qual o regime de bens não introduz quaisquer alterações<sup>1713</sup>. E este estatuto privilegiado do cônjuge sobrevivente visa ir ao encontro não só de exigências de *cuidado e solidariedade* relativamente a este herdeiro, como pode também ser perspectivado como uma resposta à *contribuição* prestada<sup>1714</sup> durante o casamento<sup>1715,1716</sup>. Assim, podemos considerar que existe a nível sucessório uma resposta apta a reconhecer a sobre-contribuição, através do generoso estatuto que é concedido ao cônjuge sobrevivente no nosso direito.

Aliás, pode dizer-se que o casamento que só se extingue com a morte, especialmente num contexto em que a dissolução do vínculo matrimonial por divórcio se tornou mais fácil, prova ser uma relação forte e de confiança. E a valorização desta sua configuração<sup>1717</sup> recebe a sua resposta no âmbito das regras de direito sucessório, que crismam o cônjuge sobrevivente como herdeiro legitimário e herdeiro legítimo e lhe garantem de uma posição privilegiada em comparação com outros membros da família<sup>1718</sup>. Ora, o crédito compensatório alicerça-se numa ideia de protecção da confiança, que é posta em causa em caso de divórcio, mas não é beliscada pela dissolução do casamento por morte<sup>1719</sup>.

Quem, todavia, pretenda defender a aproximação do regime da dissolução do casamento por divórcio e por morte terá de ter em mente que estes não têm que ser orientados pelos mesmos valores. Na verdade, o contexto sociológico e pessoal da

---

<sup>1713</sup> O facto de o cônjuge sobrevivente casado no regime de separação de bens ser herdeiro nos mesmos termos de um cônjuge casado segundo um regime de comunhão foi já criticada por quem entende que a separação de bens se deveria estender à morte. Capelo de Sousa, todavia, defende existirem fortes razões públicas ligadas à dignidade do casamento que impõem que o cônjuge sobrevivente goze de um padrão de vida semelhante ao que gozava durante o casamento. Capelo de Sousa nota que os regimes de bens visam a regulação das relações patrimoniais entre os cônjuges, em vida destes, enquanto as regras de direito das sucessões estão dirigidas a outras matérias, com fundamentos e fins diferentes. Vide R. Capelo de Sousa, *Os direitos sucessórios*, 1023.

<sup>1714</sup> Neste sentido, ver Dieter Henrich, *Autonomia Testamentaria*, 413, que defende que, apesar de o cônjuge poder ostentar uma pretensão a participar na herança com base na sua colaboração durante a vida matrimonial, ao contrário do que acontece com os filhos, geralmente ele já recebe uma específica compensação pela sua colaboração no momento da partilha conjugal. Ora, tal claramente não acontecerá nos casamentos regidos pelo regime da separação de bens.

<sup>1715</sup> Já o dissemos, em co-autoria com Rosa Cândido Martins, “a qualidade de herdeiro legitimário do cônjuge sobrevivente e a sua posição especial no âmbito do Direito das Sucessões relativamente a outros herdeiros, nomeadamente, os descendentes, pode ser sustentada por ambas as categorias enunciadas. Assim, importa perguntar se se pode justificadamente sustentar o peso atribuído pelo legislador a ambas e a cada uma destas categorias para moldar este estatuto sucessório”. Paula Távora Vítor; Rosa Cândido Martins, *Depois de a morte nos separar*, 722.

<sup>1716</sup> Tivemos já oportunidade de defender esta ideia, na esteira de Castelein, em co-autoria com Rosa Cândido Martins, em *Depois de a morte nos separar*, 716. Cf. Christoph Castelein, Introduction and Objectives, 9-10.

<sup>1717</sup> Cf. R. Capelo de Sousa, *Os direitos sucessórios*, 1022.

<sup>1718</sup> Cf. R. Capelo de Sousa, *Os direitos sucessórios*, 1022.

<sup>1719</sup> Assim, ainda que os valores recebidos a título sucessório eventualmente não cubram os prejuízos sofridos, falha o igual fundamento para impor esta solução.

extinção do casamento por morte de um dos cônjuges é muito diverso daquele que se vive no contexto da extinção do casamento por divórcio<sup>1720</sup>. E tal valerá tanto para sustentar o estatuto privilegiado do cônjuge sobrevivente como para defender que o peso deste<sup>1721</sup> justifica que não decalquemos todas as soluções pensadas para o âmbito do divórcio.<sup>1722</sup>

## 2. Recorte subjectivo do credor e do devedor do crédito compensatório

A situação mais emblemática – e que parece ter sido a bandeira da nova disposição – diz respeito ao cônjuge que assumiu, na repartição das contribuições para os encargos da vida familiar, a responsabilidade primária de desempenhar o trabalho doméstico e encarregar-se da gestão do lar e do cuidado dos filhos. Está aqui incluído o cônjuge que o faz exclusivamente, mas também o cônjuge que, não obstante desempenhar uma actividade profissional (quer a tempo inteiro, quer a

<sup>1720</sup> Dissemo-lo já em co-autoria com Rosa Cândido Martins em, *Depois de a morte nos separar*, 727 e 728. Na verdade, se é certo que a tendência do individualismo tem estado cada vez mais presente nas matérias que dizem respeito à família – o que justifica a proposta de soluções no âmbito sucessório como as de ampliação da margem de liberdade de disposição do autor da sucessão e da restrição da protecção da legítima aos casamentos com uma determinada duração (Cf. Juan Antonio Fernández Campos, *La inacabada reforma*, 292-293) – também é verdade que “o companheirismo que os sociólogos dizem caracterizar a relação do casal moderno” pode justificar soluções diversas no âmbito do regime sucessório. Cf. Mary Ann Glendon, *The transformation*, 238.

<sup>1721</sup> Não estamos no nosso ordenamento jurídico perante propostas como a de Rebolledo Varela que, confrontado com a actual caracterização sociológica dos casamentos estáveis, nos quais se pode afirmar ter-se criado uma convivência em comum muito significativa, defende um “primado conjugal”, que se traduziria na solução de o cônjuge sobrevivente passar a ser o único titular do património familiar, que só depois da sua morte passaria à geração seguinte. Cf. Ángel Luis Rebolledo Varela, *La actualización*, 32.

<sup>1722</sup> Importa ainda considerar as situações de justificação da ausência. Numa primeira fase, em que é instituída a curadoria provisória, nos termos do artigo 89.º, não se porá a questão do crédito compensatório. O curador é um simples administrador (artigo 94.º). No entanto, se é instaurada a curadoria definitiva, já se procede à abertura de testamento (artigo 101.º) e à partilha e entrega de bens aos herdeiros (artigo 103.º), embora estes não sejam considerados proprietários dos bens, mas sim curadores definitivos (artigo 104.º). Note-se, no entanto, que o cônjuge não separado judicialmente de pessoas e bens pode requerer inventário e partilha, no seguimento do processo de justificação da ausência, e exigir os alimentos a que tiver direito (Artigo 108.º). Fará sentido incluir aqui o tratamento do crédito compensatório? Não nos parece, porque não está em causa a separação de carácter pessoal que entendemos dever estar presente. É certo que existe um “desaparecimento sem notícias”, mas, do ponto de vista jurídico, há apenas uma separação do ponto de vista patrimonial. O projecto comum familiar pode ainda ser sustentado pelo cônjuge do ausente, dado que a instauração da “curadoria definitiva” tem como fito apenas providenciar à administração dos bens do ausente e possibilitar a movimentação das suas relações. Cf. Carlos Alberto da Mota Pinto, *Teoria Geral*, 264 ss. Assim, a relação conjugal permanece intocada e só sofrerá posteriores vicissitudes no caso do advento da certeza da morte ou de declaração de morte presumida (artigo 112.º). Por fim, haverá que analisar a declaração de morte presumida (artigo 114.º). No caso de esta não vir a ser posta em causa e dado que produz os mesmos efeitos que a morte (artigo 115.º), não haverá que a distinguir da solução que defendemos para o caso de morte. Mas, no caso de ausente regressar e porque a declaração de morte presumida não faz cessar *ipso facto* o casamento (artigo 115.º), manteve-se a relação matrimonial e, portanto, não há lugar ao crédito compensatório. Só no caso de o cônjuge do ausente ter usado da possibilidade facultada por lei de contrair novo casamento (artigo 116.º) e o ausente entretanto ter regressado ou dele ter havido notícias, haverá que admitir a possibilidade de requerer o crédito compensatório nos mesmos termos do divórcio, porque se considera “o primeiro matrimónio dissolvido por divórcio à data da declaração de morte presumida” (Artigo 116.º).



tempo parcial), também vê pesar sobre si estas incumbências<sup>1723</sup>. Necessário será que se preencham os restantes pressupostos da sua existência.

O cônjuge que é aqui visado é caracterizado pela lei como aquele que “renunciou de forma excessiva à satisfação dos seus interesses em favor da vida em comum, designadamente à sua vida profissional”. A referência à *renúncia* à actividade profissional teve ocasião de suscitar algumas perplexidades por parte da doutrina, que avança que a interpretação literal do preceito poderia levar a excluir *quem nunca* tivesse exercido uma actividade profissional. Ora, esta hipótese é afastada, porque a *ratio* da norma não pode deixar de incluir – e talvez até em primeira linha – a protecção da situação deste cônjuge<sup>1724</sup>. O cônjuge que sofreu reveses na sua vida profissional é assim também aquele que nunca teve ocasião de assumir estas tarefas, que *renunciou* a iniciar uma actividade fora do lar.

De mais fácil recondução à letra do preceito serão os casos em que o cônjuge já exercera ou ainda exerce uma actividade profissional. Tal renúncia pode dar-se em três momentos distintos: efectuar-se em vista do casamento, mas antes da sua celebração (*preparatory behaviours*); inaugurar-se concomitantemente com o início da relação matrimonial<sup>1725</sup>; ou vir a efectuar-se mais tarde, em função do desenvolvimento da relação e das exigências do projecto de vida comum. Por fim, há que notar que a mencionada renúncia tanto pode assumir um carácter total como parcial.<sup>1726</sup> Tal significa que será relevante a situação de abandono completo de uma actividade profissional remunerada, como a diminuição do horário laboral (assumindo funções a tempo parcial, por exemplo), como ainda “perturbações no evoluir expectável de uma carreira profissional”.<sup>1727</sup>

Assim sendo, o cônjuge que contribuiu de forma excessiva através da actividade no lar é um potencial beneficiário da compensação do artigo 1676.º, n.º 2, do Código Civil, cabe agora determinar se é este o único visado pela solução do legislador de 2008.

---

<sup>1723</sup> Cristina M. Araújo Dias, *Uma Análise*, 68 e Cristina M. Araújo Dias, *O crédito*, 213.

<sup>1724</sup> Veja-se, neste sentido, Duarte Pinheiro, *O Direito Família Contemporâneo*, 2013, 473 e Cristina M. Araújo Dias, *Uma Análise*, 68 e Cristina Dias, *O crédito*, 214.

<sup>1725</sup> A coabitação que se inicia em vista do casamento ou com o casamento implica que o cônjuge se desloque para outro local, que não lhe permite manter a sua actividade profissional (ex. carreira diplomática; emprego no estrangeiro)

<sup>1726</sup> Neste sentido, também, Rita Lobo Xavier, *Recentes Alterações*, 48 e 49 nota 54.

<sup>1727</sup> Rita Lobo Xavier, *idem*.

A intenção primeira de um novo preceito sobre esta matéria pode ser procurada na exposição de motivos do Projecto de lei n.º 509-X, que esteve na origem da Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro. Neste documento sustenta-se que com a regulamentação proposta é *finalmente reconhecida a importância dos contributos para a vida conjugal e familiar dos cuidados com os filhos e do trabalho despendido no lar* e que é este reconhecimento, bem como das assimetrias associadas que o projecto tem em consideração para consagrar a possibilidade de atribuição de créditos de compensação<sup>1728</sup>.

Tal ligação ao trabalho doméstico e ao cuidado dos filhos não resultava, todavia, directamente da redacção dada ao preceito, que não faz qualquer alusão à natureza das contribuições, que determinava apenas que se “a contribuição de um dos cônjuges para os encargos da vida familiar exceder manifestamente a parte que lhe pertencia nos termos do número anterior, esse cônjuge torna-se credor do outro pelo que haja contribuído além do que lhe competia” (Projecto de lei n.º 509-X). Esta formulação, que passou para o Decreto n.º 232/X, foi alvo das críticas do Presidente da República, que integram a fundamentação do seu veto a este diploma<sup>1729</sup>. Equacionou-se a possibilidade de esta norma dar cobertura à situação de um marido – e, porventura um marido faltoso face aos deveres conjugais – que, por acordo do casal, tivesse sido o único a contribuir financeiramente para as despesas familiares, viesse a ter créditos de compensação face à sua ex-mulher, ao arrepio das contribuições em espécie desta para a vida familiar, de “difícil contabilização e prova” e do modelo de casamento escolhido<sup>1730</sup>.

Esta crítica terá motivado a reformulação da proposta do Decreto n.º 232/X e a inserção da referência ao contexto e fundamento da sua contribuição consideravelmente superior – “porque renunciou de forma excessiva à satisfação dos seus interesses em favor da vida em comum, designadamente à sua vida profissional”. Continua a não existir uma referência directa à contribuição sob a forma de trabalho doméstico ou cuidado dos filhos mas, depreende-se que se este

---

<sup>1728</sup> Exp. De motivos 509 X, pp. 3 e 10.

<sup>1729</sup> Mensagem do Presidente da República fundamentando o veto por inconstitucionalidade que exerceu e devolvendo o decreto para reapreciação, DAR II série A Nº.152/X/3 2008.09.10

<sup>1730</sup> *Idem*.

contributo foi dado à custa de renúncia à vida profissional, pode ser objecto de correspondente compensação. No entanto, a formulação não é fechada<sup>1731</sup>.

Assim, há que voltar à questão de saber se só o cônjuge que exerce as funções de natureza doméstica é potencial titular do crédito compensatório. Não está abrangido o cônjuge que exerce a título principal ou (quase) exclusivo uma actividade remunerada e é nessa medida – através do *apport* da remuneração do trabalho - que contribui de “forma consideravelmente superior ao previsto” na lei? E o cônjuge que colaborou no negócio ou profissão do outro e, por esta via, contribuiu indirectamente para fazer face às despesas do lar? Ou ainda um cônjuge que não é activo profissionalmente e que também não presta o seu trabalho no lar, mas que contribui para os encargos da vida familiar com rendimentos de outra origem ou com o seu património?

Na solução delineada pelo Código Civil suíço para a contribuição extraordinária de um cônjuge para o sustento da família são estas as situações directamente visadas. Na verdade, não é a prestação de trabalho doméstico e o cuidado dos filhos que dão origem a uma compensação (*Ausgleich*), mas sim colaboração (*Mitarbeit*) do cônjuge na profissão ou no negócio do outro (artigo 165, §1 ZGB) ou os contributos que resultam do rendimento ou do património de um cônjuge e que se dirijam à satisfação das necessidades familiares (artigo 165, §2 ZGB) <sup>1732</sup>. A lei helvética tem o mesmo ponto de partida do artigo 1676.º, n.º2 do nosso Código Civil (“contribuição (...) consideravelmente superior ao previsto”), mas especifica directamente as fontes de tal contribuição, enquanto a lei portuguesa não o faz. Assim, muito embora tenha sido o cônjuge que contribui maioritariamente com o trabalho doméstico que foi visado em primeira linha, não podemos, à partida, excluir outras situações, desde que se preencham as restantes exigências da lei.

Pensamos, todavia, que com esta abertura não se fazem renascer os receios expressos pelo Presidente da República<sup>1733</sup>. Na verdade, o critério que rege a contribuição dos cônjuges é o da proporcionalidade aos seus meios. Assim, o cônjuge

---

<sup>1731</sup> Cristina Dias sugeriu já que o legislador deveria ter referido que se “tratava de reembolsar o ex-cônjuge que se dedicou ao lar e à educação dos filhos porque é a posição deste que na realidade quer acautelar”. Deste modo, para a Autora, o “o problema ficaria resolvido se expressamente a lei referisse o direito de crédito do cônjuge que contribuiu de forma manifestamente superior com o seu trabalho doméstico.” Cristina Dias, Uma Análise, 74 nota 36.e Cristina Dias, O crédito, 220,

<sup>1732</sup> Hausheer, Heinz, *Berner Kommentar (art. 165 ZGB)*, 250.

<sup>1733</sup> Que este, aliás, sugere não ter superado, nem após as alterações efectuadas. Mensagem do Presidente da República fundamentando a promulgação da Lei (DAR II série A Nº.20/X/4 2008.10.30)

que contribua mais financeiramente não é necessariamente um cônjuge que faça uma contribuição consideravelmente superior ao previsto, se os seus meios forem também vastos. Não há, assim, um esmagamento da outra parte, em virtude do poder económico daquele cônjuge.

### **3. Determinação dos sujeitos e relevância do factor género**

Na definição dos sujeitos da compensação não deixa de estar subjacente também a relevância do género, aliás, profundamente ligada ao tipo de contributos que cada um dos cônjuges assume. E esta não é uma questão velada. Repetidamente, no processo legislativo, e face às várias versões do artigo 1676.º, n.º 2, propostas, foi invocada esta dimensão do problema tratado.

Assim, a exposição de motivos do Projecto de Lei n.º 509/X inaugura esta abordagem ao apresentar a questão da “desigualdade de contributos entre homens e mulheres para a vida familiar” como uma de “igualdade de direitos entre homens e mulheres no casamento”<sup>1734</sup>. E caracteriza o contexto português como um em que as mulheres não só contribuem de forma assaz superior com o trabalho no lar, como em que o contributo financeiro destas, resultado de um elevado número de horas despendidas no mercado de trabalho, também é decisivo para a economia comum. Esta acumulação, argumenta-se, “não é valorizad[a] no contexto do casamento e permanece ainda mais invisível quando surge o divórcio”.<sup>1735</sup> Esta configuração da repartição dos encargos familiares reflecte-se nas “carreiras profissionais femininas”, e acaba por ter consequências negativas no plano financeiro, mas ancora-se numa cultura em que se esperam renúncias em função da vida familiar por parte das mulheres, enquanto, relativamente aos homens, “não são geralmente esperadas nem praticadas”<sup>1736,1737</sup>

---

<sup>1734</sup> São invocados os dados do Relatório do Desenvolvimento Humano 2007/2008 das Nações Unidas, que identifica Portugal como um dos países, “entre os de desenvolvimento humano elevado”, em que se detecta maior assimetria em horas de trabalho dentro e fora do mercado, que onera as mulheres, que trabalham mais de uma hora e meia por dia do que os homens. Referem-se ainda dois estudos nacionais no mesmo sentido.

<sup>1735</sup> Exposição de motivos 509 X, p. 10.

<sup>1736</sup> Exposição de motivos 509 X, p. 10.

<sup>1737</sup> Nos trabalhos na Assembleia da República, aquando da reapreciação do veto do Presidente da República, avançou-se com a caracterização desta figura como “discriminação positiva” relativamente à parte mais fraca, que, em muitas circunstâncias, é a mulher ou são a mulher e os filhos. ( DAR I série N.º.1/X/4 2008.09.18).

Na mensagem do Presidente da República que fundamentou o veto por inconstitucionalidade relativamente ao Decreto n.º 232/X, apareceu, novamente, a questão do crédito compensatório em termos que não são neutros em termos de género<sup>1738</sup>. Desta vez, todavia, não se invocaram as desigualdades neste campo para sustentar a nova solução, mas para a criticar, nos termos do exemplo que vimos supra e da preocupação da invisibilidade do trabalho no lar da mulher, que a colocaria numa situação de se tornar potencial devedora face a um marido financeiramente mais forte. E as dúvidas quanto a uma “desprotecção da mulher” por parte do novo regime parecem perdurar mesmo no momento da promulgação da lei<sup>1739</sup>.

Os exemplos dados pela Doutrina não abandonam esta consideração em função do género. No entanto, a formulação da norma é neutra deste ponto de vista. E não nos parece que pudesse ser de outra forma. Na verdade, o princípio da igualdade entre os cônjuges reclama iguais direitos e deveres entre estes. As únicas excepções admitidas com base na diferença de género dos cônjuges apresentam como fundamento “na natureza biológica da mulher”<sup>1740</sup>. Ora, a predominância social do desempenho de trabalho no lar e das renúncias em função da vida familiar por parte das mulheres não funda a exclusão do acesso de cônjuge-homem a este crédito, se na sua pessoa se preencherem os requisitos legais. Lembre-se, aliás, que a Reforma de 1977 libertou o casamento de uma repartição de papéis em função de esquemas (tradicionais) impostos pela lei<sup>1741</sup>. E, para mais, com a introdução do casamento entre pessoas do mesmo sexo, pela *Lei* n.º 9/2010 de 31 de Maio, a lei impõe que “[t]odas as disposições legais relativas ao casamento e seus efeitos dev[a]m ser interpretadas à luz da presente lei, independentemente do género dos cônjuges, sem prejuízo do disposto no artigo 3.º”, relativo à adopção (Artigo 5.º).

Sabemos, porém, que na aplicação concreta dos preceitos, o julgador partirá da situação de facto e, nessa medida, o género pode vir assumir relevância (factual),

---

<sup>1738</sup> Mensagem do Presidente da República fundamentando o veto por inconstitucionalidade que exerceu e devolvendo o decreto para reapreciação, DAR II série A Nº.152/X/3 2008.09.10

<sup>1739</sup> Mensagem do Presidente da República fundamentando a promulgação da Lei (DAR II série A Nº.20/X/4 2008.10.30).

<sup>1740</sup> Pereira Coelho; Guilherme de Oliveira, Curso, 340.

<sup>1741</sup> Na sua construção dos “compensatory payments”, o American Law Institute invoca o caso Orr, do Alabama (Orr v. Orr, 440 U.S. 268, 1979), não obstante se debruçar sobre alimentos entre ex-cônjuges, em que o Supremo Tribunal sustentou que a lei que concedesse alimentos apenas às mulheres violaria a “Equal Protection Clause”, considerando que também no âmbito das compensações uma versão baseada no género não cumpriria as exigências constitucionais. The American Law Institute, *Principles of the Law of Family Dissolution: Analysis and Recommendations*, Chief Reporter: Ira Mark Ellman, San Francisco, Mathew Bender & Co., Inc., 2002, p. 828. .

porque as dificuldades de reinserção no mercado de trabalho são superiores para as mulheres ou porque os salários são mais baixos e tal poderá ter tradução na avaliação das consequências das renúncias efectuadas.



PARTE B

# Obrigaçã de alimentos





## 1. O cônjuge divorciado e a sua posição como sujeito da relação alimentar

O foco deste nosso trabalho é a obrigação de alimentos pós-divórcio. Trata-se, portanto, da relação que liga os *ex-cônjuges*, cujo casamento se dissolveu em virtude do *divórcio* e é com este pano de fundo – em atenção à realidade jurídica e social do divórcio – que a temos analisado.

A obrigação alimentícia entre ex-cônjuges é uma obrigação não autónoma ou dependente – resulta de um *vínculo prévio de natureza familiar* entre alimentado e alimentante<sup>1742</sup>. É certo que assenta numa relação extinta, mas, ainda assim, o legislador faz constar o ex-cônjuge na lista dos obrigados familiares que enuncia no n.º 1 do artigo 2009.º, ao lado da figura do cônjuge (alínea a)). Não se trata, todavia, da mesma obrigação que vincula este. Atenta a nova posição do obrigado e do alimentado – uma posição subjectiva que se transmuda em virtude da alteração do *status* de casado –, justifica-se que surja uma *obrigação nova*, com uma natureza diferente, sujeita a um outro regime, assente em pressupostos diversos, determinada segundo critérios próprios<sup>1743</sup> e com um montante<sup>1744</sup> que não se identifica com o de uma obrigação alimentar *conjugal*<sup>1745</sup>.

A consagração legal de um direito a alimentos ao cônjuge divorciado (e a imposição da correspondente obrigação ao seu ex-consorte) tem uma história relativamente recente ou, pelo menos, apenas tão antiga como o próprio divórcio. É certo, no entanto, que as situações de crise conjugal já apareceram anteriormente a justificar a concessão do apoio à subsistência de um cônjuge<sup>1746</sup>. Todavia, é só a partir de 1910 que conseguimos identificar o cônjuge divorciado como devedor ou credor de alimentos. Na verdade, foi o Decreto de 3 de Novembro de 1910 que introduziu o divórcio em Portugal, abrindo tanto a via do divórcio litigioso como a do mútuo consentimento. E, ao inaugurar o divórcio no ordenamento jurídico português, prevê também, pela primeira vez, a possibilidade de requerer alimentos ao cônjuge *divorciado*. Na verdade, o artigo 29.º do Decreto de 3 de Novembro de

<sup>1742</sup> João de Matos Antunes Varela, *Das Obrigações em Geral*, 69 e 70.

<sup>1743</sup> Cf. Cap. I, B.

<sup>1744</sup> Cf. Cap. II, B.

<sup>1745</sup> Ver, por exemplo, Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 09-07-2014 (Dina Monteiro) (16/10.9TMLS-B-A.L1-7) e Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 24-11-2009 (Ramos Lopes) (235/09.0TMMTS.P1) ([www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)).

<sup>1746</sup> Cf. infra.

1910 consagrava a “qualquer dos cônjuges (...) o direito a exigir do outro que lhe preste alimentos, se d’elles carecer”.

No regime actual, “[q]ualquer dos cônjuges” voltou a ter “direito a alimentos, independentemente do tipo de divórcio” (artigo 2016.º, n.º 2). Não se procede, assim, à distinção ao nível subjectivo que a declaração de *culpa* no regime anterior a 2008 sustentava<sup>1747,1748</sup>. Também não são defensáveis distinções assentes meramente no *género* do alimentante e do alimentado. Momentos houve, na evolução do instituto, em que, em consonância com outros dados jurídicos e sociais, se teimou em diferenciar com base neste factor<sup>1749</sup>. Todavia, actualmente não se pode conceber tal referência<sup>1750</sup>. A concessão do direito a alimentos depende do preenchimento dos pressupostos de que tratámos. É certo que o problema de base, no caso dos alimentos pós-divórcio, se encontra estreitamente ligado com o

<sup>1747</sup> Cf. Cap. I, B.

<sup>1748</sup> Esta distinção continua, todavia, a fazer-se na redacção que permaneceu intocada pela Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro, no âmbito dos alimentos no contexto de separação de facto. Na verdade, o n.º 3 do artigo 1675.º determina ainda hoje que se “a separação de facto for imputável a um dos cônjuges, ou a ambos, o dever de assistência só incumbe, em princípio, ao único ou principal culpado”, embora o tribunal possa “excepcionalmente e por motivos de equidade, impor esse dever ao cônjuge inocente ou menos culpado, considerando, em particular, a duração do casamento e a colaboração que o outro cônjuge tenha prestado à economia do casal”. DUARTE PINHEIRO, reconhecendo embora que esta regra constitui “um corpo estranho num sistema que aboliu a culpa enquanto pressuposto na obtenção do divórcio”, considera que o juiz é forçado a efectuar o juízo da culpa para concessão dos alimentos na constância do casamento. Jorge Duarte Pinheiro, *O Direito da Família Contemporâneo*, 2013, 468 e 469. Na nossa opinião, é necessário extrair consequências mais radicais da evidente inconsistência que significa a manutenção desta norma. Na verdade, a sua subsistência não parece compatível com a eliminação da declaração da culpa no sistema do divórcio. A norma do n.º 3 do artigo 1675.º apoiava-se e procurava mimetizar de forma atenuada as disposições dos n.ºs 1 e 2 do artigo 2016.º, na redacção que lhe tinha sido dada pelo Decreto-Lei n.º 496/77, de 25 de Novembro. Compreendia-se num sistema que, num quadro de ruptura mais grave, levava a cabo a avaliação das condutas conjugais, traduzindo-a eventualmente num juízo de censura, do qual extraía outro tipo de consequências jurídicas. Implicava, nomeadamente, uma conclusão quanto ao merecimento (ou não) para beneficiar de uma pensão alimentícia. Ora, actualmente, no contexto de maior gravidade, o do divórcio, que comporta a extinção a relação matrimonial, “qualquer dos cônjuges” tem direito a alimentos. Não parece, então, sustentável, sob pena de clara incoerência no sistema, que, no quadro de uma relação matrimonial que subsiste, apesar de descaracterizada pela separação de facto, se proceda à mencionada avaliação das condutas, à determinação da culpa e com base nesta, à recusa de alimentos àquele que é, para todos os efeitos, cônjuge, só se podendo superar este juízo no quadro das circunstâncias mencionadas no n.º3 *in fine*. Daí que consideremos ser de propor a interpretação ab-rogante do n.º 3 do artigo 1675.º. Na verdade, pensamos que a sua manutenção no quadro da Reforma de 2008 se tratou de um verdadeiro lapso do legislador, que criou uma “contradição insanável” da norma do artigo 1675.º, n. 3 com a opção fundamental do sistema de eliminar a apreciação das condutas conjugais em termos que fundem uma declaração de culpa. (Cf. João Baptista Machado, *Introdução ao Direito*, 186 e Fernando José Bronze, *Lições*, 846 e 847). Esta opção foi concretizada expressamente nas situações em que aquela declaração de culpa assumia maior relevância – nos casos de divórcio. Introduziu-se, assim, o sistema *no fault*. Estamos, assim, perante uma situação em que se terá de dar preferência à *ratio iuris* perante a *ratio legis*. António Castanheira Neves, *Metodologia Jurídica*, 191. Este será um dos casos, identificados por Castanheira Neves, em que, diacronicamente, se assistiu a uma mutação do sistema ao nível dos seus fundamentos e a norma do artigo 1675.º, n.º 3, norma formalmente positiva, mantendo-se formalmente em vigor, foi atingida pela alteração da “intencionalidade normativa” do sistema. António Castanheira Neves, *Metodologia Jurídica*, 194 e 195.

<sup>1749</sup> Luiz da Cunha Gonçalves, *Direitos de Família*, 105. Cunha Gonçalves considera que o novo casamento só faz cessar os alimentos da mulher, “pois o ex-marido não tem direito a alimentos” e considera que o “mau comportamento moral” como causa de cessação “é também o da mulher, e consiste no facto de ela ter algum amante”.

<sup>1750</sup> Jogam aqui as considerações que já tecemos a propósito do princípio de igualdade dos cônjuges no casamento, que tem de incluir as consequências da sua dissolução, bem como a respeito das implicações do reconhecimento do casamento entre pessoas do mesmo sexo. ALI, *Principles of the Law*, 828.

fenómeno de feminização da pobreza<sup>1751</sup>, que se acentua nas situações de ruptura familiar. No entanto, a norma é neutra em termos de género – pode funcionar em sentido inverso nos casais de sexo diferente, por um lado, ou, por outro lado, não responder a uma assimetria determinada por aquele factor (porque a diferença de género não existe) nos casais de pessoas do mesmo sexo. De facto, apesar da relevância do género no contexto da desigualdade e enquanto potenciador de vulnerabilidade<sup>1752</sup>, podemos associar estas situações a outra categoria, que ainda assim se encontra ligada ao género<sup>1753</sup>, mas que se pode dissociar deste – a categoria de *cuidador*<sup>1754</sup>.

É verdade que, entre nós, se encontra ultrapassado o modelo do “casamento da dona de casa”, assente na figura do marido enquanto “ganha-pão universal”. No contexto português, encontra-se generalizado o modelo dos casais de duplo emprego<sup>1755</sup>. Tal não significa, no entanto, uma repartição igualitária das tarefas do cuidador. Assim, embora a figura típica do alimentando – a dona de casa a tempo inteiro – tenha perdido peso social, a assunção das tarefas de cuidado de forma desigual (durante o casamento e depois do divórcio, com o cuidado dos filhos) é potenciadora de situações de necessidade para o cuidador. E o cônjuge divorciado é chamado a responder a esta necessidade.

O ex-cônjuge como *obrigado* a alimentos figura na primeira posição da ordem do artigo 2009.º, com prioridade relativamente a outros familiares, mesmo na ausência de uma relação jurídica familiar com o alimentando. A manutenção intocada deste elenco legal no quadro das mais recentes alterações legislativas pode

---

<sup>1751</sup> Lucinda Ferguson, *Family, Social Inequalities*, 62. Na verdade, um dos grupos de pessoas especialmente vulneráveis é, precisamente, o das mulheres, como foi reconhecido recentemente pelo Parlamento Europeu na Resolução do Parlamento Europeu, de 8 de Março de 2011, sobre o rosto da pobreza feminina na União Europeia (2010/2162(INI)) (2012/C 199 E/09) (<http://eur-ex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2012:199E:0077:0088:PT:PDF>). O Parlamento Europeu parte do reconhecimento do aumento desproporcionado na Europa de mulheres que vivem na pobreza em relação ao número de homens na mesma situação, dos efeitos da crise económica, financeira e social, que prejudica especialmente as mulheres no mercado de trabalho e nas suas vidas pessoais. Isto é ainda mais gritante quanto se trata de pessoas que já estão em risco de cair na pobreza e pertencem a um grupo que já enfrenta várias desvantagens (“incluindo estereótipos, disparidades salariais entre homens e mulheres, obstáculos resultantes da ausência de conciliação entre a vida familiar e a vida profissional, a maior esperança de vida das mulheres e, em geral, os vários tipos de discriminação em razão do género”).

<sup>1752</sup> Sobre o conceito de “género”, como conceito relacional, que se entende como “característica das pessoas (ainda que cultural e não biológica), como sistema de relacionamento social que vai buscar chão definatório ao “pretexto” sexual (biológico), ou ainda acentuando o seu traço de representação simbólica de dominação (desigualdade)”, ver Teresa Pizarro Beza, *Direito das Mulheres* 63 ss.

<sup>1753</sup> Sobre a tradicional associação do cuidado ao género feminino, a sua inadequação e as consequências para o cuidador, ver, no contexto do pensamento feminista da ética do cuidado, Joan C. Tronto, *Moral Boundaries, passim*.

<sup>1754</sup> Martha Albertson Fineman, *Responsibility, Family and the Limits of Equality*, 42 ss

<sup>1755</sup> Maria José Núncio, *Mulheres em dupla jornada*, 75 a 77.

ser objecto de alguma perplexidade. Na verdade, face ao novo entendimento do divórcio e das suas consequências, tratando de um dever de alimentos de feição solidarística, pode questionar-se a prioridade de uma obrigação assente numa relação (matrimonial) extinta face a relações familiares (de parentesco) subsistentes. É certo que se poderá argumentar que existem dimensões a considerar quando tratamos da relação entre ex-cônjuges, que reforçam os deveres que assentam nesta, face a outras obrigações familiares. VIGNEAU<sup>1756</sup> propõe que agrupemos as obrigações de alimentos familiares em dois campos: um diz respeito à obrigação de alimentos dos cônjuges e dos pais em relação aos filhos<sup>1757</sup>; o outro refere-se às relações alimentares que se estabelecem entre outros familiares<sup>1758</sup>. Ora, no primeiro grupo, para o Autor, estamos perante uma “solidariedade consentida”, que deriva tanto do casamento como da procriação<sup>1759</sup>. Na obrigação de alimentos pós-divórcio, podemos considerar estar perante este caso, na medida em que constitui *também* uma forma de projecção da relação matrimonial, apesar de enfraquecida pela extinção do vínculo. No segundo grupo, para VIGNEAU, na ausência daquela base, as obrigações que nele emergem não são tão fortes. Para além disso, a hesitação relativamente à prioridade do ex-cônjuge como obrigado já não poderá ser da mesma índole se estivermos perante uma função compensatória subordinada, convocadora de dimensões de responsabilidade que impendem directamente sobre o antigo consorte, como vimos.

Também a posição do ex-cônjuge face ao *Estado*, enquanto garante das necessidades daquele, pode ser alvo de dúvidas, que se reconduzem às incertezas mais genéricas quanto à comumente designada relação entre a solidariedade familiar e a solidariedade social. É verdade que não é estranho ao nosso sistema um *princípio da familiaridade*, no sentido de se atribuir à família um “papel relevante” na “manutenção das bases materiais para uma existência condigna”<sup>1760</sup>, em

---

<sup>1756</sup> Robert Vigneau, *Les rapports entre solidarité familiale*, 65.

<sup>1757</sup> A obrigação dos pais em relação aos filhos menores e a obrigação de alimentos entre cônjuges aparecem como relações especiais. J. P. Remédio Marques, *Algumas Notas sobre Alimentos*, 26 e 29.

<sup>1758</sup> Jordi Ribot Igualada, *El fundamento*, 1107, Robert Vigneau, *Les rapports entre solidarité familiale*, 56, 81.

<sup>1759</sup> Jordi Ribot Igualada, *El fundamento*, 1125 e Robert Vigneau, *Les rapports entre solidarité familiale*, 65.

<sup>1760</sup> LOUREIRO enuncia-o em João Carlos Loureiro, *Responsabilidade(s), Pobreza e Mundo(s)*, 413 e 414. O pensamento comunitarista é também defensor desta intervenção de primeira linha. Ao enunciar os valores em que assenta o “comunitarismo democrático”, Bellah sublinha a “complementary association”, i.e., o compromisso com grupos variados (família, comunidade local, grupo religioso, Estado) e a ideia de participação, de que o princípio da subsidiariedade, presente na Doutrina Social da Igreja, é corolário. Tal não significa a desconsideração do Estado. Significa antes que os grupos mais próximos de um problema devem lidar com ele. O Estado terá, aliás, a responsabilidade de proteger associações de nível mais baixo. Robert N., Bellah, *Community Properly Understood*, 18 ss e Philip Selznick, *Social Justice*, 61 e 62. A intervenção de instituições de maior dimensão, nomeadamente do Estado, reserva-se para os casos em que

conformidade, aliás, com o seu reconhecimento pela Lei de Bases da Segurança Social<sup>1761</sup>. E, na verdade, o grupo familiar não abandonou a sua tradicional função de resposta aos riscos sociais<sup>1762</sup>, apesar das alterações fundamentais que tem sofrido desde meados do século XX e da reconfiguração da forma como exerce as suas funções<sup>1763</sup>. Aliás, entre nós, o Estado Social nunca chegou a atingir elevados níveis de desenvolvimento<sup>1764</sup> e, atingido pela sua própria crise<sup>1765</sup>, dirigiu a atenção para as instâncias tradicionais de protecção social<sup>1766</sup>, num novo apego ao modelo nunca abandonado da “sociedade-providência”<sup>1767</sup>.

Num primeiro nível, a solidariedade familiar que responde à necessidade dos membros da família funciona à margem de considerações jurídicas. Estes mecanismos de natureza informal apresentam, todavia, a marca da contingência e um carácter lacunoso<sup>1768</sup>. Mas o fundamento da solidariedade sustenta também o surgimento de obrigações (jurídicas) alimentares que impendem sobre a família. A questão que se põe será como conciliar o que pode ser exigido à família e aquilo que o Estado Social<sup>1769</sup>, enquanto garante das “condições materiais para uma existência condigna”, é hoje chamado a assumir<sup>1770</sup>.

---

outros subsistemas sociais, como a família, falhem, em vez de os tentar substituir. (Amitai Etzioni, *The Responsive Communitarian Platform*, xxxi).

<sup>1761</sup> João Carlos Loureiro, *Adeus ao Estado Social?*, 215. Cf. artigo 11.º da Lei de Bases Da Segurança Social (Lei n.º 4/2007, de 16 de Janeiro).

<sup>1762</sup> João Carlos Loureiro, *Adeus ao Estado Social?*, 60.

<sup>1763</sup> Guilherme de Oliveira, *Transformações do Direito da Família*, 779.

<sup>1764</sup> Daí que Boaventura Sousa Santos e Sílvia Ferreira considerem ser mais correcto classifica-lo como um “Quase Estado-Providência”, já que a ideia de Estado-Providência, inserida no modelo do sul da Europa, nunca chegou a ser totalmente desenvolvida. Boaventura Sousa Santos; Sílvia Ferreira – “A reforma do Estado-Providência entre globalizações conflituantes”, in *Risco Social e incerteza – Pode o Estado recuar mais?*, (org. Pedro Hespanha; Graça Carapinheiro), Afrontamento, p. 185 ss.

<sup>1765</sup> Para Ilídio da Neves, “parece contraditório falar de crise do Estado-Providência num país que de facto ainda não chegou a esse estágio”, em virtude da falta de investimento em programas de protecção social. Ilídio da Neves – “Alguns problemas sobre a reforma da Segurança Social”, in *Intervenção Social*, 17/18, Dez 1998, p. 250.

<sup>1766</sup> João Carlos Loureiro, *Adeus ao Estado Social?*, 82.

<sup>1767</sup> De facto, a estrutura social e a fragilidade do Estado-Providência português terá criado a realidade que Boaventura de Sousa Santos denominou “sociedade-providência”. Boaventura de Sousa Santos, *Sociedade-Providência ou Autoritarismo estatal*, 1 e Sílvia Portugal, *Família e Política Social em Portugal*, 24 e 25

<sup>1768</sup> Maria Inês de Oliveira Martins, *Do Direito à Segurança Social*, 173 e 174. Maria Inês de Oliveira Martins sublinha ainda que o facto de estes mecanismos radicarem em “comunidades de pertença” implica selectividade na sua inclusão e comportam o risco de se exigir dos beneficiários a adesão a esses valores comunitários, interferindo assim na sua liberdade. *Idem*.

<sup>1769</sup> Para a definição de Estado Social, v. João Carlos Loureiro, *Adeus ao Estado Social?*, 73 e 74.

<sup>1770</sup> No pensamento feminista, a convocação da esfera pública é assume um carácter muito vigoroso (V. Ann Laquer Estin, *Can Families Be Efficient?*, 19). Pense-se na “teoria da responsabilidade colectiva pela dependência” de FINEMAN. A Autora parte da ideia de que família assume o encargo público da responsabilidade pela dependência (Martha Albertson Fineman, *Cracking the Foundational Myths*, 17 e 18) e que, portanto, os cuidadores padecem de uma *derivative*

REMÉDIO MARQUES avança com a chave para decifrar a articulação entre obrigações públicas e obrigações privadas de natureza familiar: só existe relação de subsidiariedade da obrigação de alimentos familiar relativamente às prestações públicas quando estas configuram um *direito subjectivo* prima facie *do beneficiário* (i.e., quando estamos perante um *direito subjectivo independente e autónomo* relativamente às necessidades daquele)<sup>1771</sup>. Já nos regimes não contributivos da Segurança Social, o Autor esclarece, em regra, as obrigações familiares são convocadas em primeira linha e a solidariedade estadual só funciona subsidiariamente, mas na medida em que estejam condicionadas pela averiguação dos recursos económicos do requerente e do seu agregado familiar<sup>1772</sup> ou em que tais prestações sociais dependam “da existência ou exigibilidade concreta de um direito a alimentos legais familiares”<sup>1773,1774</sup>. Mas, ainda que não se fizessem tais exigências, como explica REMÉDIO MARQUES, o acesso a prestações sociais não constitui facto impeditivo ou extintivo da obrigação de alimentos, desde que estejamos perante uma situação de necessidade<sup>1775</sup>.

Podemos, assim, ver a obrigação de alimentos do ex-cônjuge surgir com prioridade relativamente a uma prestação de natureza social e só na ausência da primeira ver funcionar a solidariedade estadual, confirmando assim a ideia de BECKER: “*Welfare is the poor woman's alimony*”<sup>1776,1777</sup>.

---

*dependency*, consequência da assunção de tal responsabilidade (*ibidem*, 20), que cria uma dívida colectiva ou social, a que todos os membros da sociedade estão obrigados (*ibidem*, 15 a 19). Esta teoria evoluiu para a “abordagem da vulnerabilidade”, que pretende ultrapassar os modelos de superação da discriminação em função de grupos determinados, adoptando aquilo a que chama uma “análise pós-identitária” (Martha Albertson Fineman, *The Vulnerable Subject*, 1). FINEMAN sustenta que a vulnerabilidade constitui um aspecto inevitável e universal da condição humana que, portanto, deve estar no âmago do conceito de responsabilidade estatal (*ibidem*, 8). Assim, devem tratar-se as desigualdades através de uma actuação sobre as estruturas sociais, em detrimento de abordagens centradas nos indivíduos e nas suas “categorias de identidade” (*ibidem*, 20).

<sup>1771</sup> J. P. Remédio Marques, *O nascimento e o dies a quo*, 27.

<sup>1772</sup> J. P. Remédio Marques, *O nascimento e o dies a quo*, 27, e J. P. Remédio Marques, *Em torno do estatuto da pessoa idosa*, 203. Na verdade, como esclarece Remédio Marques, a concessão das pensões sociais nos regimes não contributivos está dependente da averiguação dos recursos económicos do requerente e do seu agregado familiar, ligando-se à capacidade económica deste. *Ibidem*, 203 e 204.

<sup>1773</sup> J. P. Remédio Marques, *Algumas Notas*, 17.

<sup>1774</sup> Esta relação depende, todavia, das particulares exigências de cada figura e esta não é a sede própria para o tratar. Na verdade, é diferente considerar também os rendimentos do agregado familiar ou tomar também em conta (e exigir) as obrigações alimentares que podem ser activadas. Realizámos já este tipo de análise, centrado na figura específica do “complemento solidário para idosos”, em Paula Távora Vítor, *Solidariedade familiar e solidariedade social*, 167-176.

<sup>1775</sup> J. P. Remédio Marques, *Algumas Nota*, 17.

<sup>1776</sup> Gary S. Becker, *A Treatise on the Family*, 357.

<sup>1777</sup> Lucinda Ferguson, *Family, Social Inequalities*, 63. Ora, ao colocar o ex-cônjuge na linha da frente para responder a qualquer situação de necessidade vivida pelo alimentado, abriga-se à sombra de uma relação extinta uma obrigação *interpersonal* que responde por situações de carência económica. Daí a presença da dúvida de que se estejam a prosseguir fins sociais através de meios privados. *Idem*. O mesmo raciocínio é desenvolvido por Jordi Ribot Igualada no que diz

## 2. O direito a alimentos pós-conjugal fora do divórcio

Ocupa-nos aqui o direito a alimentos pós-conjugal, em caso de divórcio, que, enquanto causa de extinção do casamento, é a realidade com maior peso social e um instituto com uma lógica própria. No entanto, não poderemos deixar de equacionar, ainda que brevemente, se e em que medida este regime se estende a outros antigos cônjuges ou cônjuge separado de pessoas e bens.

Desde logo, na *separação de pessoas e bens*, existe uma adesão legal ao regime dos alimentos pós-divórcio, nos termos do n.º 4 do artigo 2016.º. De facto, apesar de a separação de pessoas e bens extinguir os deveres de coabitação e assistência e, relativamente aos bens, produzir os mesmos efeitos da dissolução do casamento (artigo 1795.º-A), a lei ressalva o direito a alimentos (“extingue os deveres de (...) assistência, sem prejuízo do direito a alimentos”, artigo 1795.º-A). Esta formulação parece apontar no sentido da permanência do direito a alimentos enquanto vertente do dever conjugal de assistência. Todavia, não será isto que acontece. Nasce um direito a alimentos, à semelhança do que sucede na sequência do divórcio (cf. artigo 2016.º, n.º 4), que comunga desse regime (artigo 2016.º-A, n.º 4, e 2019.º)<sup>1778</sup>.

No caso de *casamento declarado nulo ou anulado*, a relação extingue-se e deixa, por regra, de produzir quaisquer efeitos (cf. artigo 289.º), salvo o funcionamento do instituto do casamento putativo, que preserva os efeitos até ao momento da declaração de nulidade ou anulação, ou melhor, até ao momento que consta dos n.ºs 1 e 3 do artigo 1647.º. Assim, em caso de invalidade, a regra da não produção de efeitos novos impediria, à partida, a constituição de um novo direito. Porém, é a própria lei que prevê, no artigo 2017.º, um direito a alimentos a favor do cônjuge de boa fé e, como notam PEREIRA COELHO e GUILHERME DE OLIVEIRA, tal funcionará mesmo que a necessidade de alimentos surja depois da declaração de nulidade ou da anulação do casamento<sup>1779</sup>. Pensamos ser aqui de remeter para o

---

respeito a mecanismos de sub-rogação. Jordi Ribot Igualada, *El fundamento*, 1146 ss e *Alimentos entre parientes*, 151 ss e 180. Sobre esta *instrumentalização da obrigação familiar de alimentos*, ver também, entre nós, J. P. Remédio Marques, *Algumas Notas sobre Alimentos*, 16 e ss.

<sup>1778</sup> O cônjuge não separado judicialmente de pessoas e bens pode requerer inventário e partilha, no seguimento do processo de justificação da ausência, e exigir alimentos (artigo 108.º do CCiv).

<sup>1779</sup> F. M. Pereira Coelho, Guilherme de Oliveira; *Curso*, 309, nota 344.



regime dos alimentos pós-divórcio<sup>1780</sup>. Na verdade, em termos de lógica do instituto, fará mais sentido, após a declaração de nulidade ou anulação, que extinguem a relação matrimonial, tratá-los à imagem do regime dos alimentos de uma relação matrimonial que se encontra extinta (os alimentos pós- divórcio) do que do de uma relação matrimonial que persiste (os alimentos na constância do casamento). Assim, e não obstante a expressão legal “o cônjuge de boa fé *conserva* o direito a alimentos” (itálico nosso), não pensamos que se trata do direito conjugal a alimentos, mas do direito pós-conjugal a alimentos, à semelhança do que já tínhamos também concluído para o caso da separação de pessoas e bens<sup>1781</sup>.

Em caso de *morte*, no entanto, será, à partida<sup>1782</sup>, de afastar a extensão deste regime. Na verdade, o artigo 2013.º, n.º 1, alínea a), determina a extinção da obrigação alimentícia pela morte<sup>1783</sup> do obrigado ou do alimentado<sup>1784</sup>. No contexto da morte, pode, todavia, surgir outro direito de carácter alimentar, mas de natureza e configuração diversa<sup>1785</sup> – o apanágio do cônjuge sobrevivente (artigo 2018.º). De acordo com esta norma, que retoma a solução já prevista no Código de 1867, o viúvo tem direito a ser alimentado pelos rendimentos dos bens<sup>1786</sup> deixados pelo *de cuius*, ficando os seus herdeiros ou legatários obrigados à prestação dos alimentos, na proporção do valor dos bens que tenham recebido<sup>1787</sup>. A manutenção do apanágio

---

<sup>1780</sup> Os alimentos em caso de casamento declarado nulo ou anulado surgem na sequência do tratamento dos alimentos por divórcio e o artigo 2019.º determina que se apliquem as mesmas causas de cessação da obrigação alimentar às duas situações.

<sup>1781</sup> PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA parecem também admitir esta possibilidade de aplicação do regime dos alimentos pós-divórcio, quando na anotação ao artigo 2017.º, tratam do paralelismo entre o anterior tratamento da culpa no divórcio e dos seus reflexos na titularidade da relação alimentícia com a boa fé no âmbito do casamento putativo, e aceitam que a conclusão que tiram será a mesma quando “se pretenda estender ao casamento putativo, na área da obrigação alimentícia, o regime aplicável à dissolução do casamento por divórcio”. Pires de Lima; Antunes Varela, *Código Civil Anotado*, vol. V, 613.

<sup>1782</sup> Só assim não seria se a morte não determinasse a cessação da obrigação de alimentos, como efectivamente acontece, nos termos do artigo 2019.º CCiv.

<sup>1783</sup> Em caso de morte presumida, nos termos do art. 115.º CCiv, os efeitos são em princípio, os mesmos da morte verificada.

<sup>1784</sup> Analisaremos criticamente esta solução em Cap. VI, B.

<sup>1785</sup> Rabbindranath Capelo de Sousa, *Lições de Direito das Sucessões*, vol. II, 134, nota 373, nota que a constituição e a medida em concreto do direito de apanágio está dependente das necessidades do cônjuge e das “possibilidades alimentantes” dos bens deixados em sucessão, nos termos dos artigos 2003-º e 2004.º. E também é o artigo 2019.º a determinar as causas de extinção de tal direito.

<sup>1786</sup> França Pitão sublinha que o viúvo tem direito a ser alimentado pelos rendimentos dos bens deixados pelo falecido, mas já não através do valor desses bens França Pitão, José António, *A posição do cônjuge sobrevivente*, 23.

<sup>1787</sup> Quanto à natureza do direito de apanágio, ver a doutrina de Manuel Henrique Mesquita. Mesquita, Manuel Henrique, *Obrigações e Ónus Reais*, 469 ss. Também ANTUNES VARELA, impressionado pela “ligação visceral criada por lei entre obrigação alimentícia e os bens hereditários”, a classificou como ónus real em João de Matos Antunes Varela, *Das Obrigações em Geral*, vol. I, 198, n .1, mas atento à solução de que são só os *rendimentos* dos bens deixados que respondem, considera na anotação ao artigo 2018.º, que só os herdeiros ou legatários, ou seja, aqueles que fruem de tais rendimentos, devem ser responsáveis pelo pagamento das pensões vencidas e não já os subadquirentes, que foram

no actual Código tem sido, todavia, objecto de fortes críticas, tendo em conta o regime sucessório privilegiado do cônjuge sobrevivivo, particularmente após a Reforma de 1977<sup>1788</sup>. Na verdade, anteriormente o cônjuge não era herdeiro legitimário e ocupava apenas a quarta classe da ordem da sucessão legítima e, portanto, na sequência da morte do *de cuius*, poderia encontrar-se numa situação de grande necessidade. Todavia, o novo estatuto sucessório que consolidou na sequência daquela reforma<sup>1789</sup>, e em particular a sua condição de herdeiro legitimário, vieram, segundo vários Autores, tornar o direito de apanágio de duvidosa justificação ou mesmo excessivo<sup>1790</sup>. Ainda assim, há que admitir situações em que a exiguidade da herança não consiga proporcionar um quinhão bastante para garantir os alimentos de que o cônjuge sobrevivivo necessita. Neste caso, a figura encontrará justificação e utilidade<sup>1791</sup>.

### 3. Pluralidade subjectiva no âmbito alimentar

#### 3.1. PLURALIDADE DE PESSOAS COM DIREITO A ALIMENTOS

Ao tratar dos cônjuges divorciados como sujeitos da relação alimentar, importa perceber qual o seu posicionamento quando se perfilam outras pessoas que também podem reclamar alimentos do seu antigo cônjuge. Na verdade, o ex-cônjuge com direito a alimentos pode coexistir com o actual cônjuge do devedor, com outros

---

estranhos à acumulação de quaisquer rendimentos durante o período a que a prestação alimentar corresponde. Pires de Lima; Antunes Varela, *Código Civil Anotado*, vol. V, 615 e 616.

<sup>1788</sup> França Pitão acrescenta igualmente o facto do regime supletivo de bens no casamento ser o da comunhão de adquiridos (artigo 1717.º CCiv) e a grande maioria dos casamentos serem celebrados segundo este regime. José António França Pitão, A posição do cônjuge sobrevivivo 23-24.

<sup>1789</sup> Além de ser herdeiro legitimário, repartindo com os descendentes a primeira classe de sucessíveis (arts. 2157.º e 2133.º CCiv), é-lhe garantido que, em concurso com os descendentes, a sua quota não possa ser inferior a um quarto da herança (art. 2139.º, n.º1, 1.ª parte, CCiv. Tem também direito a ser encabeçado, na partilha, no direito de habitação sobre a casa de morada de família, bem como no direito de uso do seu recheio (arts. 2103.º-A e 2103.º-C CCiv). Para além disso, as doações feitas ao cônjuge sobrevivivo pelo autor da sucessão não estão sujeitas à colação (artigo 2104.º). Neste sentido, v. F. M. Pereira Coelho, *Direito das Sucessões*, 288. Em sentido contrário, J. A. França Pitão, *A posição do cônjuge sobrevivivo*, 67, R. Capelo de Sousa, *Lições*, vol. II, 224 e ss., Diogo Leite de Campos, *Lições de Direito da Família*, 590 e 591.

<sup>1790</sup> Daí que tanto França Pitão como Pamplona Corte-Real coloquem em questão a viabilidade da aplicação desta regra depois da Reforma de 1977. Cf. J. A. França Pitão, *A posição do cônjuge sobrevivivo*, 25 e C. Pamplona Corte-Real, *Os efeitos sucessórios*, 63.

<sup>1791</sup> Antunes Varela, *Direito da Família*, 356, n. 2 e Espinosa Gomes da Silva, Posição sucessória, p. 83. Este último Autor admite ainda a possibilidade de o apanágio ser importante para acautelar a situação do cônjuge separado de pessoas e bens, que, apesar de o vínculo matrimonial subsistir, não é herdeiro (cf. art. 2133.º, n. 3). Deste modo, enquanto viúvo, defende Espinosa Gomes da Silva, teria possibilidade de recorrer ao apanágio. Espinosa Gomes da Silva introduz, no entanto, uma distinção. Considera que esta possibilidade só se deverá equacionar para o cônjuge separado que em vida já tinha direito a alimentos. *Ibidem*, 83 e 84.

ex-cônjuges ou separados de pessoas e bens<sup>1792</sup> e com outros familiares com direito a reclamar estas prestações.

O problema de saber quem verá as suas necessidades satisfeitas pelo cônjuge divorciado não se porá se este tiver recursos disponíveis para os prestar a todos os que o requerem<sup>1793</sup>. Todavia, se, como poderá ser comum, este não se encontrar em tal posição, há que determinar como será resolvida a concorrência destas pretensões.

Ora, apenas relativamente à situação em que se confrontem filho do cônjuge devedor e ex-cônjuge existe um critério expresso de resolução: nestes casos, o “tribunal deve dar prevalência a qualquer obrigação de alimentos relativamente a um filho do cônjuge devedor sobre a obrigação emergente do divórcio em favor do ex-cônjuge” (artigo 2016.º-A, n.º 2)<sup>1794</sup>. Esta especial preocupação do legislador entende-se bem à luz da centralidade que os filhos têm vindo a assumir de forma cada vez mais evidente no seio do Direito da Família<sup>1795</sup>.

A solução assim adoptada pela Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro, é claramente remanescente do Princípio 2:7 (a) dos *Principles of European Family Law Regarding Divorce and Maintenance Between Former Spouses* da CEFL<sup>1796</sup>. Nos termos deste princípio, na determinação das possibilidades do cônjuge devedor para satisfazer as necessidades do seu ex-cônjuge, a autoridade competente deve dar prioridade a qualquer pretensão de natureza alimentar de um filho menor do devedor<sup>1797</sup>.

A disposição da lei portuguesa, ao referir-se ao “filho do cônjuge devedor”, não distingue entre filhos menores e maiores. O princípio da CEFL fá-lo: refere-se a *minor child*, mas considera que os filhos que ainda estão a completar a sua educação, apesar de já terem atingido a maioridade, devem ser tratados como filhos

<sup>1792</sup> No nosso ordenamento jurídico não podemos falar se não de uma *poligamia sucessiva* (segundas núpcias) – F. M. Pereira Coelho, Guilherme de Oliveira; *Curso*, 210 - pelo que não se levantarão as questões que seriam suscitadas pela aceitação de casamentos poligâmicos.

<sup>1793</sup> Adriano P. S. Vaz Serra, *Obrigações de alimentos*, 101.

<sup>1794</sup> VAZ TOMÉ considera que esta é uma solução conforme com o direito sucessório, no qual os filhos são herdeiros legais do devedor de alimentos, mas não o ex-cônjuge credor de alimentos. Maria João Romão Carreiro Vaz Tomé, *Considerações sobre alguns efeitos patrimoniais*, 167. Ora, o direito sucessório contempla outros sucessores que acumulam com a posição de potenciais alimentandos e não estabelece outras prioridades.

<sup>1795</sup> John Eekelaar, *Family Law and Social Policy*, 25.

<sup>1796</sup> Katharina Boele-Woelki et al., *Principles of European Family Law*, 104.

<sup>1797</sup> Katharina Boele-Woelki et al., *Principles of European Family Law*, 109.

menores<sup>1798</sup>. Parece--nos que aquilo que esteve na base da decisão do legislador português de não se referir unicamente a filhos menores foi entender que esta disposição se refere também a filhos maiores que beneficiem do particular regime de alimentos do artigo 1880.º do Código Civil, a que já nos referimos. Não se justifica estender tal prioridade aos alimentos a filhos que se reportam à obrigação alimentar geral e que, portanto, não merecem tratamento especial nesta sede. Daí que esta norma deva ser objecto de interpretação restritiva, de modo a restringir o alcance da letra da lei e fazê-lo coincidir com o seu espírito<sup>1799</sup>.

O preceito do artigo 2016.º-A, n.º 2, estabelece esta prioridade relativamente “a qualquer obrigação de alimentos” de que seja titular o filho. Ora, parece-nos que também esta expressão tem de ser interpretada de forma hábil. Na verdade, o legislador não pode querer deixar de proteger a subsistência tanto do filho que não vive com o alimentante, como do filho que com ele tem residência. Como vimos, só no primeiro caso se pode falar autonomamente de uma “prestação de alimentos”, mas a contribuição para o seu sustento, que é absorvida pelo conceito de encargos da vida familiar, não pode deixar de ser contemplada<sup>1800</sup>. E, assim, desta feita, é a uma ampliação da letra da lei, para a fazer adequar ao espírito, que tem de se proceder.

A nova lei não estabeleceu uma hierarquia relativamente a *outras* obrigações de alimentos. Note-se que o mencionado Princípio 2:7 (b) da CEFL entendeu ocupar-se de outra situação, ao tratar do problema das múltiplas obrigações de alimentos a cargo do ex-cônjuge. Refere que, na determinação das possibilidades do cônjuge devedor, se deve tomar em consideração a obrigação de sustentar um novo cônjuge<sup>1801</sup>. Não estabelece, assim, prioridade desta obrigação, mas sublinha a necessidade de a considerar<sup>1802</sup>. Deste modo, a solução da lei portuguesa não se

<sup>1798</sup> Katharina Boele-Woelki et al., *Principles of European Family Law*, 110. Esta posição tomou em conta a posição que é atribuída ao filho maior nos vários ordenamentos considerados pela CEFL. AA. VV., *European Family Law in Action*, vol. II, 395-401.

<sup>1799</sup> Fernando José Bronze, Lições, 848.

<sup>1800</sup> É também esta a conclusão da CEFL que se socorre da expressão *maintenance claim* que, com mais propriedade, atinge as duas situações Katharina Boele-Woelki et al., *Principles of European Family Law*, 110.

<sup>1801</sup> Da solução alemã anterior à *Unterhaltsänderungsgesetz* de 2007, resultava a prioridade da obrigação face ao ex-cônjuge relativamente à obrigação quanto ao novo. Todavia, em 2007, o §1582 BGB foi objecto de alterações e passou a remeter, sem mais, para o elenco do §1609. Assim, a prioridade que se possa estabelecer entre cônjuges e ex-cônjuges resulta apenas da consideração de dois critérios – o cuidado dos filhos ou a longa duração do casamento que qualquer deles possa invocar. A solução que dá prioridade ao novo cônjuge é a que emerge da prática na Suécia. AA. VV., *European Family Law in Action*, vol. II, 385. Na maior parte dos ordenamentos jurídicos europeus a tendência é colocarem-se estas pretensões ao mesmo nível. Katharina Boele-Woelki et al., *Principles of European Family Law*, 106 e 107.

<sup>1802</sup> Katharina Boele-Woelki et al., *Principles of European Family Law*, 110.

afasta muito desta opção – não se estabelece uma hierarquia de direitos, mas, nas regras relativas ao apuramento do montante dos alimentos, determina-se que o tribunal deve ter em conta “novo casamento” do cônjuge (artigo 2016.º-A, n.º 1). Na verdade, entre os novos cônjuges nasce o dever de assistência que emerge do casamento, o que terá reflexos na sua situação económica. Relativamente às outras situações em que o ex-cônjuge coexiste com credores de alimentos que não os seus filhos, não existe específica solução legal.

VAZ SERRA havia proposto que, no caso de pluralidade de pessoas com direito a alimentos, e na impossibilidade de o obrigado os prestar a todos, determinar-se-ia aqueles a quem deveriam ser prestados e a medida do que deveria ser prestado a cada um, tendo em conta “o vínculo do casamento, a proximidade do parentesco, as necessidades respectivas e a possibilidade, que alguma das referidas pessoas tenha, de obter os alimentos de obrigados em grau mais afastado”<sup>1803,1804</sup>. Inspirou-se no sistema italiano que combina a possibilidade de avaliação em função de factores como os referidos (artigo 442 do Código Civil italiano) com a referência ao elenco dos obrigados para determinar o critério da “proximidade da relação” (artigo 433 do Código Civil italiano)<sup>1805</sup>. No final, nem esta, nem uma solução de cunho germânico – criação de regras legais estabelecendo prioridade de determinadas categorias de pessoas<sup>1806</sup> – acabaram por ser adoptadas pelo legislador português. Também não se encontra a nível jurisprudencial uma corrente consistente, como acontece, por exemplo, no caso belga<sup>1807</sup>, que defina estas prioridades.

### 3.2. PLURALIDADE DE PESSOAS COM OBRIGAÇÃO DE PRESTAR ALIMENTOS

Para além da pluralidade de pessoas com direito a alimentos que coexistam com o ex-cônjuge, temos ainda de considerar a situação inversa. Na verdade, encontrando--se o cônjuge *divorciado* em situação de necessidade, há que

<sup>1803</sup> Adriano P. S. Vaz Serra, *Obrigações de alimentos*, 104.

<sup>1804</sup> Adriano P. S. Vaz Serra, *Obrigações de alimentos*, 103. O artigo 442 do CCiv italiano mantém hoje a mesma solução, não obstante a actualização terminológica pela L. 10.11.2012, n. 219, que eliminou a referência a “filhos legítimos” e “filhos naturais”, denominados apenas “filhos”.

<sup>1805</sup> É esta a posição de Salvatore Patti, Liliana Rossi Carleo e Elena Bellisario na resposta à questão 91, AA. VV., *European Family Law in Action*, vol. II, 374 e 375.

<sup>1806</sup> A prioridade é estabelecida pelos §§ 1582 e 1609 (2) e (3), em particular quanto ao cônjuge divorciado, que, se insere em duas classes diferentes, consoante as circunstâncias (cuidado de filhos e duração do casamento).

<sup>1807</sup> Cass. Bruxelles 19.06.1984, Rev.. Trim. Dir. fam., 1987, 378.

determinar, de entre aqueles a quem potencialmente pode requerer alimentos, qual será demandado prioritariamente.

A lei preocupou-se em estabelecer uma ordem pela qual os obrigados a alimentos são chamados, que plasmou no artigo 2009.º do Código Civil. Ateve-se a um elenco hierarquizado, pondo de parte a solução mais flexível que VAZ SERRA havia proposto para a regulação do problema<sup>1808,1809</sup>. E pôs o cônjuge e o ex-cônjuge a encabeçar tal lista (artigo 2009.º, n.º 1, alínea a)), figurando, assim, à primeira vista, como primeiro recurso do cônjuge divorciado em necessidade.

Esta prioridade tem, todavia, de ser temperada com a consideração de outras figuras. O “donatário” (ou os seus herdeiros) figuravam no lugar cimeiro do artigo relativo aos obrigados a alimentos na proposta de VAZ SERRA<sup>1810</sup>. Percebe-se que tenham perdido esta colocação, dado que a sua não é uma “genuína obrigação alimentar”<sup>1811</sup>, mas o recurso a este pode acabar por ganhar precedência sobre os obrigados da alínea a). Assim, se o alimentando tiver disposto de bens por doação, e podendo os bens doados assegurar a subsistência do doador em situação de necessidade, não serão chamadas a prestar alimentos as pessoas designadas no artigo 2009.º (cf. artigo 2011.º do CCiv)<sup>1812,1813</sup>. Subsequentemente ao donatário, LOBATO DE GUIMARÃES antepõe à lista do artigo 2009.º a obrigação alimentar prevista no artigo 1884.º, que concede à mãe o direito a alimentos relativos ao período da gravidez e ao primeiro ano de vida do filho, a cargo do pai não unido pelo matrimónio, e desde a data do estabelecimento da paternidade, que justifica com a evidência de que “o coautor do resultado responda prioritariamente”<sup>1814</sup>.

---

<sup>1808</sup> Na proposta de VAZ SERRA, embora também estivesse prevista uma hierarquização dos obrigados, previa-se que, com fundamento na equidade, a obrigação passasse a incumbir total ou parcialmente aos obrigados de grau posterior, quando os primeiros obrigados “só com sacrifício puderem prestar os alimentos e estes puderem facilmente prestá-los”. Adriano P. S. Vaz Serra, *Obrigação de alimentos*, 100.

<sup>1809</sup> Adriano P. S. Vaz Serra, *Obrigação de alimentos*, 90, nota 115. Ver a este respeito Luiz da Cunha Gonçalves, *Tratado de Direito Civil*, vol. II, 432 ss.

<sup>1810</sup> Proposta de Adriano P. S. Vaz Serra, *Obrigação de alimentos*, 100.

<sup>1811</sup> Explicam PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA que esta obrigação alimentícia a cargo do donatário não tem carácter de “genuína obrigação alimentar” porque existe apenas até ao limite dos bens doados e advém da “materialização do dever de gratidão que impende sobre o donatário, no momento em que o doador recai em situação de extrema necessidade. Pires de Lima; Antunes Varela, *Código Civil Anotado*, vol. V, 595.

<sup>1812</sup> Diz-nos a lei que “[n]este caso, a obrigação alimentar recai, no todo ou em parte, sobre o donatário ou donatários, segundo a proporção do valor dos bens doados; esta obrigação transmite-se aos herdeiros do donatário”. (art. 2011.º, n.º 2).

<sup>1813</sup> Cf. Maria de Nazareth Lobato de Guimarães, *Alimentos*, 187.

<sup>1814</sup> Maria de Nazareth Lobato de Guimarães, *Alimentos*, 187 e 188.

Antes de chamarmos os obrigados do elenco do artigo 2009.º, é necessário equacionar se outro requerido se interpõe. Na verdade, até à Lei n.º 23/2010, de 30 de Agosto, a *herança* do membro da união de facto pagava alimentos, nos termos do artigo 2020.º (redacção do Decreto-Lei n.º 496/77, de 25 de Novembro), mas apenas se o companheiro sobrevivente não pudesse obter, nos termos das alíneas a) a d) do artigo 2009.º. Isto significava que esta herança só respondia pelos alimentos após os irmãos (alínea d)) do alimentando<sup>1815</sup>. Ora, a Lei n.º 23/2010 introduziu duas alterações dignas de nota no campo alimentar. Consagrou a união de facto como causa de cessação da obrigação de alimentos pós-divórcio. E deu nova redacção ao artigo 2020.º, eliminando a exigência de recorrer prioritariamente àqueles sujeitos e passou a enunciar que “o membro sobrevivente da união de facto tem o direito de exigir alimentos da herança do falecido”, que tem de exigir no prazo de dois anos após a morte do *de cuius*, sob pena de caducar (n.ºs 1 e 2 do artigo 2020.º)<sup>1816</sup>.

Só neste ponto entramos nas obrigações alimentícias que derivam do casamento. Ora, relativamente a estas e antes de mais, há que destacar a figura do apanágio do cônjuge sobrevivente, que permite contemplar o cônjuge sobrevivente que se encontra em situação de necessidade, com alimentos sustentados pelos bens deixados pelo falecido, e pelo qual respondem os herdeiros ou legatários a quem tenham sido transmitidos os bens, segundo a proporção do respectivo valor (artigo 2018.º, n.ºs 1 e 2). Ainda aqui, portanto, não estaremos a tratar de um cônjuge ou ex-cônjuge obrigado.

Por fim, entramos na lista do artigo 2009.º, com o cônjuge e o ex-cônjuge. Incluem-se, aqui, além do cônjuge divorciado, o cônjuge separado de facto<sup>1817</sup>, mas também separado de pessoas e bens, e ainda aquele cujo casamento foi declarado nulo ou anulado<sup>1818</sup>. Perguntamo-nos, então, se é possível existir mais do que um

<sup>1815</sup> Sobre a ordem relativa aos alimentos familiares e a sua relação com o anterior artigo 2020.º, ver Rita Lobo Xavier, *União de facto e Pensão de Sobrevivência*, 22.

<sup>1816</sup> Os requisitos do artigo 2020.º na versão anterior a 2010 foram também objecto de discussão pelo Tribunal Constitucional quando invocados a propósito da recepção de benefícios sociais concedidos pela lei (v. Ac. TC n.º 195/2003 (Relator – Cons. Paulo Mota Pinto (Cons. Guilherme da Fonseca), Processo n.º 312/02, Ac. TC n.º 88/2004, (Relator: Cons. Gil Galvão) Proc. n.º 411/03, Ac. TC n.º 159/2005 (Relator: Conselheiro Paulo Mota Pinto), processo n.º 697/04) e Ac. TC n.º 614/2005 (Relator: Conselheiro Paulo Mota Pinto), Processo n.º 697/04).

<sup>1817</sup> Para o cônjuge do “ausente”, ver a possibilidade do artigo 108.º do CCiv, no âmbito da curadoria definitiva. Pinto, Carlos Alberto da Mota (2005). *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.ª Ed. por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto, Coimbra, Coimbra Editora, p. 266, e Heinrich Ewald Hörster, *A Parte Geral do Código Civil Português*, 354 e 355.

<sup>1818</sup> Maria de Nazareth Lobato de Guimarães, *Alimentos*, 194, e Pires de Lima; Antunes Varela, *Código Civil Anotado*, vol. V, 592.

obrigado ao abrigo desta alínea. Na verdade, podem coexistir cônjuge e ex-cônjuge<sup>1819</sup> ou vários antigos cônjuges, a vários títulos, porque o alimentado pode ter sido casado mais do que uma vez.

O conflito positivo não se dará entre cônjuge e ex-cônjuge, uma vez que o novo casamento do alimentado é causa de cessação (e de não existência)<sup>1820</sup> da obrigação de alimentos (artigo 2019.º do CCiv). Mas, como resolver a questão da coexistência de vários cônjuges cuja relação matrimonial já se extinguiu? Na verdade, para tal, teremos de estar perante uma nupcialidade sucessiva, em que cada novo vínculo quebrou o elo de solidariedade justificado pelo vínculo anterior, nos termos do mesmo artigo 2019.º. Ora, se chegarmos à conclusão de que este elo não renasce, ou seja, não pode ser restaurado quando o ex-cônjuge deixa de estar ligado por um novo casamento, então o obrigado a alimentos só poderá ser o ex-cônjuge mais recente. Mas se admitirmos que, preenchidos os pressupostos da obrigação de alimentos e estando o requerente liberto de um vínculo matrimonial, o ex-cônjuge anterior pode ser novamente chamado, então teremos de equacionar as relações entre vários obrigados a este título<sup>1821</sup>.

No ordenamento jurídico alemão tal acontece, mas apenas se estiverem verificadas determinadas circunstâncias. Pode renascer a obrigação do ex-cônjuge assim que o novo casamento se tenha dissolvido, desde que o requerente esteja a criar filho do anterior casamento (nos termos do § 1586a I e do § 1570 do BGB). E, ao admiti-lo expressamente, a lei preocupou-se em dar resposta à coexistência de mais do que um ex-cônjuge: o cônjuge do casamento dissolvido por último é responsável prioritariamente face ao do casamento dissolvido anteriormente (§ 1586a II do BGB). Ora, entre nós, não encontramos uma solução clara. É certo que estão previstas regras de repartição de responsabilidade por uma pluralidade de vinculados (artigo 2010.º, n.º 1), mas estas invocam um critério legal que é inaplicável entre ex-cônjuges – cada obrigado responde “na proporção das suas quotas como herdeiros legítimos do alimentando”. Na verdade, como sabemos, o cônjuge divorciado não é chamado à sucessão (artigo 2133.º, n.º 3, do CCiv).

---

<sup>1819</sup> Mas já não vários cônjuges, em virtude da característica da exclusividade do casamento no ordenamento jurídico português (cf. artigo 1601.º, c) CCiv). F. M. Pereira Coelho, Guilherme de Oliveira; *Curso*, 210.

<sup>1820</sup> Adriano P. S. Vaz Serra, *Obrigação de alimentos*, 135.

<sup>1821</sup> É esta a posição de OLIVEIRA no relatório português de European Family Law in Action. AA. VV., *European Family Law in Action*, vol. II, 424.



Em tal situação, existem dois critérios que poderiam ser razoavelmente mobilizáveis. O primeiro, à semelhança da lei alemã, consiste em dar prioridade à relação matrimonial mais recente, relativamente à qual a proximidade temporal do vínculo poderá criar um argumento mais convincente, tanto do ponto de vista da solidariedade, como introduzindo uma lógica de responsabilidade. O segundo seria fazer responder os ex-cônjuges de acordo com as suas possibilidades.

Os outros potenciais obrigados do artigo 2009.º serão chamados nos termos gerais<sup>1822</sup> quando o ex-cônjuge requerido não responda ou não responda na totalidade pela obrigação alimentícia<sup>1823</sup>. Tal poderá acontecer, por não ser possível demandá-lo, por falta de recursos suficientes, mas também por ter sido negado o direito a alimentos ao seu ex-cônjuge com base no n.º 3 do artigo 2016.º. Na verdade, se “algum dos vinculados não puder prestar os alimentos ou não puder saldar integralmente a sua responsabilidade, o encargo recai sobre os onerados subsequentes” (artigo 2009.º, n.º 3).

---

<sup>1822</sup> Remédio Marques classifica a obrigação alimentar, no caso de pluralidade de sujeitos obrigados, como não tendo carácter puramente parciário ou conjunto nem carácter estritamente solidário. Não é claramente parciária ou conjunta porque cada um dos obrigados não está estritamente obrigado à sua parte e pode responder pela parte que caberia aos outros, na falta ou insuficiência de possibilidades destes. Também não é puramente solidária uma vez que não pode ser pedida a cada um dos vinculados em função dos recursos económicos. J. P. Remédio Marques, *Em torno do estatuto da pessoa idosa*, 19. A solidariedade passiva também é afastada por Castro Mendes, *L'obligation alimentaire*, 75, para quem as obrigações são “independentes, ainda que complementares, mas não solidárias”; Pires de Lima; Antunes Varela, *Código Civil Anotado*, vol. IV, 596. No âmbito do Código de Seabra, Cunha Gonçalves também recusava a solidariedade, Luiz da Cunha Gonçalves, *Tratado de Direito Civil*, vol. II, 444.

<sup>1823</sup> Cf. Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 13-03-2012 (Rui Vouga) (proc. 2275/11.0TMLS.L1-1), que admite que se demande, “na mesma acção, *ab initio*, o cônjuge e os seus descendentes, para deles exigir a prestação dos alimentos de que carece”, desde que não seja peticionada a condenação conjunta, já que o pedido relativamente aos filhos tem carácter subsidiário, em função da improcedência, total ou parcial, do pedido principal deduzido contra o cônjuge.

CAPÍTULO IV

# Determinação



PARTE A

# Crédito Compensatório



## 1. O crédito compensatório como efeito do divórcio

Se o n.º 2 do artigo 1676.º encerra o registo substantivo do crédito compensatório que é legislativamente explanado, o n.º 3 desta norma aponta-nos para a sua dimensão adjectiva. Deste enunciado, retiramos que o crédito compensatório é exigível *só* no *momento da partilha*, a não ser que vigore o regime da separação.

A formulação da lei é sintética e os esclarecimentos que nos dá relativamente à determinação do crédito compensatório são parcos. Na verdade, o dado mais evidente é a associação deste crédito à partilha, de tal modo que uma primeira aproximação ao preceito poderia fazer-nos acreditar que a determinação do crédito compensatório seria um elemento conatural à partilha. Não será assim, no entanto. O crédito compensatório decorre do divórcio e não da partilha, como, aliás, vem sendo reconhecido<sup>1824</sup> e era a intenção declarada na Exposição de Motivos do Projecto de Lei n.º 509/X<sup>1825</sup>.

É certo que a própria *inserção sistemática* das normas dos n.ºs 2 e 3 do artigo 1676.º parece infirmar a caracterização deste instrumento como efeito do divórcio<sup>1826,1827</sup>. Na verdade, estas normas encontram-se sediadas no regime do direito de assistência<sup>1828</sup>, no capítulo do CCiv dedicado aos efeitos do casamento, não

<sup>1824</sup> Cf. Rita Lobo Xavier, *Recentes Alterações*, 52 e 55, Cristina M. Araújo Dias, *O crédito pela compensação do trabalho doméstico*, 222, 224 e 226, e Cristina M. Araújo Dias, *Uma Análise do Novo Regime*, 70 e 77, Tomé d'Almeida Ramião, *O Divórcio e Questões Conexas*, 3. Ed, 118. Na jurisprudência, v. acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 14-04-2011 (Teresa Albuquerque) (Apelação n.º 2604/08), Colectânea de Jurisprudência, tomo II, Ano XXXVI, Março/Abril, 2011, p. 138

<sup>1825</sup> Na Exposição de Motivos do Projecto de lei n.509/X lê-se que este crédito foi consagrado em “em situação de dissolução conjugal”, na p. 3, ou que está prevista a existência de créditos de compensação nas “consequências do divórcio” p. 5 e p. 10. É certo que a versão era diversa, mas o seu objectivo último é o mesmo. Continua a ser, como antes, responder às assimetrias experienciadas pelos cônjuges, especialmente a desigualdade de facto que se estabelece entre homens e mulheres no fim do casamento, potenciada pelos contributos acrescidos geralmente realizados por estas últimas e que assumem, por regra, a forma de trabalho doméstico e do cuidado dos filhos. Ora, tanto na versão do projecto de lei como na versão final a inserção sistemática manteve-se – nos deveres conjugais pessoais, o dever de contribuir para os encargos da vida familiar.

<sup>1826</sup> Neste sentido, Cristina M. Araújo Dias, *Uma Análise*, 73 e 74, e Cristina M. Araújo Dias, *O crédito*, 219.

<sup>1827</sup> Também a figura do artigo 156 do ZGB se encontra inserida nos efeitos do casamento. Hausheer explica que assim é porque se trata de um direito fundado no regime do casamento, no direito matrimonial, mas desta feita para sublinhar que não tem a sua base jurídica no Direito das Obrigações Hausheer, Heinz, *Berner Kommentar: Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht; schweizerisches Zivilgesetzbuch*, Bd. 2. Das Familienrecht, Abt. 1. Das Eherecht. Teilbd. 2. Die Wirkungen der Ehe in allgemeinen. Artikel 159-180 ZGB, (hrsg. Professor Dr. Heinz Haurheer), 2. Aufl. Bern, Stämpfli Verlag AG, 1999, p. 251.

<sup>1828</sup> DUARTE PINHEIRO, ao referir-se à alteração legislativa operada pela Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro, classifica-a como “uma alteração importante no regime de assistência”. Jorge Duarte Pinheiro, *O Direito da Família Contemporâneo*, 2013, 473.

aos da sua dissolução. Não nos parece, todavia, que este elemento de interpretação seja determinante. Na verdade, a sua localização no seio dos deveres pessoais dos cônjuges é antes demonstrativa da *ligação radical* do crédito compensatório aos deveres conjugais – a sua eclosão depende do modo de cumprimento do dever de contribuição para os encargos da vida familiar. Ora, os deveres conjugais só se extinguem com a dissolução do casamento e é só neste momento que se justifica aferir as consequências da forma como foi cumprido o dever de contribuição no contexto geral da comunidade conjugal.

Na verdade, os “prejuízos patrimoniais importantes” sofridos pelo cônjuge que mais contribuiu só se cristalizam quando o casamento termina<sup>1829</sup>. Até então, os cônjuges assumem comportamentos de *dádiva* e de *partilha* só justificados e enquadrados pela relação matrimonial como um todo<sup>1830</sup>. É certo que seria configurável o tratamento isolado de determinados prejuízos sofridos pelos cônjuges, de forma a autonomizar a sua compensação. Não nos parece, todavia, que seja este o fito do crédito compensatório, que trata unitariamente a “contribuição de um dos cônjuges para os encargos da vida familiar”.

Assim, o genérico saldo da vida em comum – até num sentido mais existencial – só é possível quando os cônjuges cessaram com os seus contributos de diversa índole, a contribuição para os encargos da vida familiar e os comportamentos associados<sup>1831,1832</sup>.

---

<sup>1829</sup> Não porque o crédito compensatório se dirija aos prejuízos causados pela dissolução, mas porque só neste momento são determináveis os prejuízos que resultaram do casamento.

<sup>1830</sup> Na verdade, no seio das relações de conjugalidade é comum que as motivações sejam sentimentos que sustentam comportamentos estranhos ao que Barlow apelida de comportamento “juridicamente racional”. Anne Barlow, *Leal Rationality*, 304. Na verdade, e não obstante os resultados de estudos com o de Jane Lewis, tenham apontado para a percepção dos riscos de iniciar uma relação como “riscos privados”, os sujeitos entendem o casamento como “um status mais seguro” (Jane Lewis, *Perceptions of Risk*, 15 e 16) o que também sustenta aqueles comportamentos.

<sup>1831</sup> Cristina Araújo Dias aponta como razões para diferir para o fim da relação matrimonial evitar litígios entre os cônjuges (Cristina M. Araújo Dias, *Uma Análise do Novo Regime*, 70, e Cristina M. Araújo Dias, *O crédito pela compensação do trabalho doméstico*, 215, 224 e 225) e o facto de só com o divórcio surgir a “situação desfavorável do ponto de vista patrimonial”, “empobrecimento do cônjuge se faz sentir”, “só neste momento o cônjuge ficará prejudicado e haverá que o compensar” (Cristina M. Araújo Dias, *O crédito pela compensação do trabalho doméstico*, 215 e 224, e Cristina M. Araújo Dias, *Uma Análise do Novo Regime*, 70). O segundo argumento será o que assume maior peso, embora em atenção à posição que adoptamos, o expressássemos de forma diversa. Não estará em causa o “empobrecimento” que se faz sentir nesse momento, mas os “prejuízos patrimoniais importantes” que só no momento da dissolução do casamento se tornarão visíveis. Quanto ao primeiro argumento não parece que assuma relevância autónoma. O facto de diferir para o momento da dissolução do casamento a exigibilidade deste crédito poderá ter o efeito lateral positivo de evitar os litígios durante o casamento, mas a solução não se defende tendo em vista evitá-los, mas sim porque é a solução lógica a retirar da configuração deste crédito.

<sup>1832</sup> Note-se que, em caso de separação de facto, se estiver provada no processo, qualquer dos cônjuges pode requerer que os efeitos do divórcio retroajam à data do seu começo fixada pela sentença (artigo 1789.º, n. 2).

Para além disso, o verdadeiro impacto das desvantagens sofridas em função da forma como foi conduzida a relação matrimonial só se faz sentir quando esta termina. Na verdade, até então, a vida em economia comum faz com que os cônjuges comunguem do mesmo projecto comum e do mesmo nível de vida. Após a dissolução do casamento, os prejuízos patrimoniais deixam de ser simultaneamente justificados<sup>1833</sup> e camuflados pelo casamento.

## 2. Alcance da referência legal à partilha

A clara associação que se fez do crédito compensatório com a dissolução do casamento por divórcio não conhece paralelo com outro dos efeitos do divórcio – a partilha do património conjugal. De facto, a operação para que a lei nos remete como o momento próprio para exigir o crédito compensatório é independente da dissolução do casamento. Nem é necessário que o vínculo matrimonial se extinga para que se proceda à partilha<sup>1834</sup>, nem o facto de este ter sido dissolvido exige que se leve a cabo esta série de operações<sup>1835</sup>. Na realidade, o património comum pode permanecer num estado de “indivisão pós-comunhão”<sup>1836</sup>. Assim, o facto de termos considerado o crédito compensatório como um *efeito do divórcio* associado à ausência de ligação necessária entre divórcio e partilha exige que tracemos o verdadeiro alcance do enunciado legislativo do artigo 1676.º, n.º 3.

Da primeira parte na norma, retiramos que o crédito compensatório será *exigível no momento da partilha*. Todavia, em coerência com as considerações que tecemos, teremos de excluir a possibilidade de o fazer nas situações em que é admissível a partilha pré-divórcio. Terá, portanto, de se recorrer à interpretação

---

<sup>1833</sup> O desaparecimento da causa que justifica o empobrecimento de um e o enriquecimento do outro cônjuge assume importância central para quem adopta a posição de que a lógica subjacente ao crédito compensatório se encontra no instituto do enriquecimento sem causa. Para Rita Lobo Xavier, no caso de divórcio, os comportamentos de contribuição e renúncia assumidos geralmente pela mulher no seio do casamento, perdem o seu fundamento e tais situações terão de ser qualificadas como “manifestamente contrárias à equidade”. Rita Lobo Xavier, *Recentes Alterações*, 52 e 53.

<sup>1834</sup> Vejam-se as situações de simples separação judicial de bens nos termos dos artigos 1767.ºss (em particular o artigo 1770.º), de separação de pessoas e bens (1795.º-A), de separação de bens no contexto do artigo 740.ºs. do Código de Processo Civil ou de insolvência dos cônjuges, nos termos do artigo 141.º, n. 1, b), do Código de Insolvência e de Recuperação de Empresas, de modificação do regime de bens prevista em convenção antenupcial, nos termos do artigo 1713.º, de declaração de ausência (artigo 108.º) ou declaração de morte presumida (artigo 115.º e 116.º), caso em que o vínculo conjugal não cessa *ipso facto*, mas pode vir a ser dissolvido. PINTO, Carlos Alberto da Mota – *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.ª Ed. por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto, Coimbra, Coimbra Editora, 2005, p. 267

<sup>1835</sup> Rita Lobo Xavier, *Recentes Alterações*, 53.

<sup>1836</sup> Sobre o regime aplicável, ver Esperança Pereira Mealha, *Acordos Conjugais*, 74 e 75.



restritiva do preceito em análise. E assim, onde se lê “só é exigível no momento da partilha dos bens do casal”, deverá ler-se “só é exigível no momento da partilha dos bens do casal *posterior à dissolução do casamento por divórcio*”<sup>1837,1838</sup>.

Na segunda parte do preceito, afastamo-nos da referência à partilha. Lemos que o crédito só não será exigível naquele momento quando vigore o regime da separação de bens. De facto, não haveria forma de o colocar neste contexto, já que só um regime de comunhão pode convocar um processo destinado a dividir o património comum<sup>1839</sup>. Ora, tal determinação não poderá significar que a possibilidade de exigir o crédito compensatório se encontra excluída nas situações em que este regime de bens dirige as relações patrimoniais entre os cônjuges. De facto, defendemos já que a ligação essencial se estabelece com os deveres pessoais conjugais, que são comuns a todos os casamentos, e não com o regime secundário. Para além disso, como também já concluímos, a concessão do crédito compensatório pode tornar-se ainda mais relevante no contexto da separação de bens, em que não funcionam os efeitos compensatórios dos regimes comunitaristas.

Consideramos também que a expressão “a não ser que vigore o regime da separação” não pode ter o sentido de que, neste regime de bens, o crédito compensatório pode ser exigido em qualquer momento, já que aqui se aplicam as mesmas considerações que levam a transportar a exigibilidade para o fim da relação matrimonial<sup>1840</sup>.

Face às conclusões de que há partilhas conjugais em que não é admissível a exigência dos pagamentos do artigo 1676.º, n.º 2, e que este crédito é exigível mesmo em contexto em que não é possível a partilha, não podemos deixar de tratar a referência a esta operação como *meramente contextual e não essencial*. Como a própria lei nos diz, este é o “momento” em que o crédito é exigível e não assume um significado adicional, até porque a caracterização substantiva, a natureza do

---

<sup>1837</sup> Regime aplicável também à separação de pessoas e bens e à declaração de nulidade ou anulação, em virtude do funcionamento do casamento putativo, nos termos que vimos.

<sup>1838</sup> Note-se que, nos termos do n.º1, artigo 1789.º, os efeitos patrimoniais do divórcio vão retroagir à data da proposição da acção quanto às relações patrimoniais entre os cônjuges

<sup>1839</sup> No regime de separação, tendo em vista o apartamento patrimonial dos cônjuges, poderemos assistir, por exemplo, a acções de divisão de coisa comum (artigos 925.º ss do Código de Processo Civil) relativamente a bens tidos em compropriedade pelos cônjuges ou a acções de simples apreciação (artigo 10.º, n. 3, a) do Código de Processo Civil), para reconhecimento do direito de propriedade de um ou outro cônjuge, destinadas a debelar questões relativas à titularidade dos bens.

<sup>1840</sup> Equacionando a anterior e esta possível interpretação da segunda parte do artigo 1676.º, n. 3, ver Cristina M. Araújo Dias, *Uma Análise do Novo Regime*, 74.

pagamento compensatório, não se altera em função do regime de bens. Situar o preenchimento da *fattispecie* do artigo 1676.º, n.º 2, num regime de comunhão ou num regime de separação (em que a partilha não é possível) não tem implicações estruturais no entendimento deste crédito. Na verdade, em ambas as situações estará em causa responder pelos “prejuízos patrimoniais importantes” causados pelas renúncias efectuadas por um cônjuge de forma a permitir a contribuição adicional que fez para os encargos da vida familiar. Assim, quer no contexto da partilha, quer fora dela, surgirá um crédito a favor do cônjuge mais diligente, com o mesmo objecto.

Apesar deste entendimento, não podemos afirmar ser indiferente o regime de bens em que os cônjuges se encontraram casados para efeito de determinação do crédito compensatório. De facto, como vimos, o montante do crédito compensatório está dependente da conjugação de uma série de elementos que permitem a aferição da existência de “prejuízos patrimoniais importantes”. Entre estes, conta-se o regime de bens, tendo em conta os efeitos compensatórios que podem vir a ser desempenhados pelos regimes de comunhão. Assim, não pode passar despercebida a ligação entre a partilha e o crédito compensatório<sup>1841</sup>.

### **3. Determinação do crédito compensatório nos regimes de comunhão**

#### **3.1. O CRÉDITO COMPENSATÓRIO NO CONTEXTO DA PARTILHA**

Detenhamo-nos sobre os regimes de comunhão, aptos, portanto, a convocar a partilha. Ora, neste contexto, há diferentes operações a realizar e, portanto, teremos de situar a exigibilidade do crédito compensatório no seio de uma delas. Em primeiro lugar, expurga-se o património comum dos bens próprios de cada um dos cônjuges. Procede-se, seguidamente, à liquidação do património comum, tendo em vista determinar o valor do activo comum líquido, que compreende as compensações e o pagamento das dívidas face a terceiros e entre os cônjuges. Por fim, divide-se o património comum já apurado<sup>1842</sup>.

---

<sup>1841</sup> Cf. Cap. II, A.

<sup>1842</sup> Cf. F. M. Pereira Coelho, Guilherme de Oliveira; *Curso*, 428 e 429, que enunciam as três operações básicas da partilha.

O último momento, da divisão do património, foi já utilizado noutros contextos para proceder a compensações devidas a um cônjuge na sequência do divórcio. Na verdade, é o que se passa com o funcionamento da *equitable distribution*. Este, que é o modo mais generalizado de proceder à partilha nos Estados Unidos da América<sup>1843</sup>, permite afastar as regras de distribuição dos bens pós-divórcio em função da consideração das contribuições realizadas pelos cônjuges para o casamento na busca de um resultado justo<sup>1844</sup>. Para tal, as leis dos Estados têm criado listas de factores que orientam o tribunal na determinação do modo como se faz esta divisão, em função da ideia de que o casamento é uma *economic partnership*, na qual ambos os cônjuges investem<sup>1845</sup>. Pretendeu-se, assim, emprestar aos tribunais parâmetros de decisão e facilitar a uniformização da *equitable distribution*<sup>1846</sup>, uma vez que a ampla liberdade de decisão que é concedida ao juiz já levou a que fosse apelidada de “*discretionary distribution of property*”<sup>1847</sup>.

Também no contexto inglês (e galês), a extensão dos poderes do tribunal para ordenar *financial orders* em caso de divórcio é digna de nota<sup>1848</sup> e, na prática, os juízes dão mostras de uma grande liberdade na redistribuição dos bens dos cônjuges, que exercem com o pano de fundo que é dado pelo contexto de separação de bens que vigora durante o casamento<sup>1849,1850</sup>. Assim, em função também da contribuição para a vida familiar (*welfare of the family*)<sup>1851</sup>, podem ser ordenadas não só *income orders*, que se corporizam geralmente em pagamentos periódicos,

<sup>1843</sup> Sanford Katz, *Family Law in America*, 87. Assim, enquanto em alguns casos em que vigora o regime da *community of property* persiste a regra da divisão pela metade do património comum, alguns estados em que vigora este regime optaram já, à semelhança dos estados de *common law*, pelo sistema da *equitable distribution*. Harry D.; Krause, Linda D.; Elrod, Marsha Garrison,; J. Thomas Oldham, – *Family Law. Cases*, 752.

<sup>1844</sup> Note-se, todavia, que para grande parte da população norte-americana estas inovações acabam por ser de relevância diminuta face à inexistência ou escassez de bens dos casais que se divorciam. Para uma análise do real impacto da *equitable distribution* no estado de Nova Iorque, ver Marsha Garrison, – *Good Intentions Gone Awry*, 1991-1992, p. 739-740. Garrison conclui que, em virtude de, no casal típico, o património de que o cônjuge-marido era titular não ser em média muito superior ao do cônjuge-mulher, que recebia já metade dos escassos bens comuns, a *equitable distribution* acaba por não resolver o problema da desigualdade económica das mulheres.

<sup>1845</sup> A revolução operada no contexto estadunidense através do acolhimento da *equitable distribution* foi complementada pelo entendimento mais amplo do património dos cônjuges traduzido pelo conceito de *new property*. Sanford Katz, *Family Law in America*, 89 e 90.

<sup>1846</sup> Sanford Katz, *Family Law in America*, 93.

<sup>1847</sup> Sanford Katz, *Family Law in America*, 90.

<sup>1848</sup> Para uma evolução dos poderes do tribunal neste contexto, ver Stephen Cretney, *Family Law in the Twentieth Century*, 395 ss, em particular pps. 396-400, 422-426, 434-435.

<sup>1849</sup> Judith Masson, Rebecca Bailey-Harris; Rebecca Probert, *Cretney's Principles of Family Law*, 340 e 341.

<sup>1850</sup> Gillian Douglas, *Fairness and equality*, 101-117.

<sup>1851</sup> A S. 25(2) do MCA 1973 enuncia, entre outros factores, “the contributions which each of the parties has made or is likely in the foreseeable future to make to the welfare of the family, including any contribution by looking after the home or caring for the family” (f), como elemento a ter em conta na fixação das *financial orders*.

mas também *property orders*, que podem assumir a forma de pagamentos *lump sum*, da transferência da propriedade de bens determinados (*transfer of property orders*) ou traduzir-se na venda de bens, para que o seu pagamento seja dividido pelos cônjuges (*power to order a sale*)<sup>1852</sup>.

Poderíamos pensar que este afastamento da regra da metade é só facultado pela maior maleabilidade que caracteriza os sistemas de *common law*. Ora, a verdade é que, mesmo em sistemas continentais, encontramos esta solução. Veja-se o exemplo austríaco, cuja lei permite, numa base equitativa, o afastamento desta regra<sup>1853</sup>.

GUILHERME DE OLIVEIRA também já terá apontado neste sentido, num momento em que apenas discutia a figura do crédito compensatório numa perspectiva *de iure condendo*, ao admitir que um dos meios possíveis para compensar o cônjuge que contribuiu em excesso para os encargos da vida familiar seria atribuir-lhe na partilha dos bens comuns uma quota maior do que a metade<sup>1854</sup>. Mas logo nota a natureza rígida da partilha no nosso ordenamento<sup>1855</sup>, uma “operação matemática e cega (...) sem possibilidade de atender às circunstâncias do caso”<sup>1856</sup>.

---

<sup>1852</sup> Seguimos aqui a classificação levada a cabo por Herring. Jonathan Herring, *Family Law*, 2013, 222 e 223. Já na obra de Cretney, distinguem-se as *income orders* das *capital orders* e incluem-se nestas também os *lump sum payments*, *transfer of property orders*, *power to order a sale*, mas ainda de autonomiza os *settlements of property* (que permite a atribuição a um cônjuge de um bem de que o outro é proprietário, com destaque para a casa de morada da família) e as *variations of settlements* (que, dentro de determinados parâmetros, permitem afastar soluções estabelecidas em acordos ante ou pós-nupciais). Destacam-se, por fim, as *pension sharing orders*, que permitem a redistribuição de pensões entre os cônjuges, concedendo compensações, criando obrigações de pagamento periódico ou partilhado-as. Judith Masson, Rebecca Bailey-Harris; Rebecca Probert, *Cretney's Principles of Family Law* 342-348 e 425 ss. A arrumação de Bromley distingue *periodical payments*, *lump sum payments*, *orders* relativas às pensões, *transfer* e *settlements of property*, *variations of marriage settlements*, *orders for the sale of property* Nigel. Lowe, Gillian Douglas, *Bromley's Family Law*, 991-1008.

<sup>1853</sup> Ingeborg Schwenzer, *Restitution of Benefits in Family Relationships*, 8.

<sup>1854</sup> Note-se que mesmo na preparação do actual regime do Código Civil, Braga da Cruz propunha a possibilidade de acolher a comunhão em proporções diferentes. CRUZ, Guilherme Braga da, Capacidade patrimonial dos cônjuges, *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 69, Outubro, 1957, p. 428. Aliás, ainda na vigência do Código de Seabra, Cunha Gonçalves defendia, no contexto do artigo 1123 do Código Civil, que a partilha dos bens em termos de igualdade só teria lugar na ausência de estipulação noutro sentido, quer em convenção antenupcial, quer em acordo posterior à dissolução. Luiz da Cunha Gonçalves, *Tratado de Direito Civil*, vol. VI, 473.

<sup>1855</sup> Embora, entre nós, Rita Lobo Xavier defenda que a regra da metade só é imperativa no âmbito dos regimes-tipo de comunhão e que pode ser afastada no caso de os nubentes optarem por um regime diverso (cf. Rita Lobo Xavier, *Limites à Autonomia*, 299, notas 355, 523 e 525), a maioria da doutrina portuguesa pronuncia-se no sentido de o preceito acolhido no artigo 1730.º ser imperativo. Neste sentido, v. Castro Mendes, *Direito da Família*, 127, Pires de Lima; Antunes Varela, *Código Civil Anotado*, Pamplona Corte Real, *Relatório*, 47, vol. IV, 436, Pereira Coelho; Guilherme de Oliveira, *Curso*, 444, 510 e 511. DIEZ-PICAZO pronuncia-se no mesmo sentido para a *sociedad de gananciales*: considera que a regra da metade é aplicável sem excepção à “ganancia contable”. Luís Díez-Picazo; Antonio Gullón, *Sistema de Derecho Civil*, vol. IV, 202. Não é, assim, por exemplo, no direito francês, no qual a partilha pela regra da metade não assume contornos de ordem pública. Daí que não se considere inadmissível o seu afastamento. François Terré; Philippe Simler, *Les régimes matrimoniaux*, 547.

<sup>1856</sup> Guilherme de Oliveira, *Dois numa só carne*, 10 e 11.

Não foi esta, no entanto, a solução que acabou por ser adoptada. Na verdade, o carácter estático da partilha *stricto sensu* (i.e., da operação de divisão da massa de bens comuns) continua a vigorar no sistema actual e a vocação dinâmica de restabelecimento de equilíbrios é assumida antes de forma autónoma pelo crédito compensatório, que permite atingir resultados que prosseguem a justiça na situação concreta, em claro contraste com o funcionamento abstracto das regras da partilha e, em particular, do artigo 1730.º.

Parece-nos, assim, que a discussão relativa à operação da partilha em que devemos tratar do crédito compensatório só se poderá situar no momento da liquidação do património comum e girará em torno da sua classificação como compensação propriamente dita ou como crédito entre os cônjuges.

### 3.2. INSERÇÃO DO CRÉDITO COMPENSATÓRIO NAS OPERAÇÕES DA PARTILHA — AS COMPENSAÇÕES

Na Exposição de Motivos do Projecto de Lei n.º 509/X, apontava-se para a versão do crédito compensatório aí plasmada como a expressão do “princípio geral de que os movimentos de enriquecimento ou de empobrecimento que ocorrem, por razões diversas, durante o casamento, não devem deixar de ser compensados no momento em que se acertam as contas finais dos patrimónios”<sup>1857</sup>, aceitando-se a existência do princípio geral de compensação que a doutrina portuguesa acolhe<sup>1858</sup>. As compensações visam corrigir movimentos de valores entre os patrimónios, comum e dos cônjuges, em virtude de tais patrimónios terem respondido por encargos que não eram seus. A consagração de tal mecanismo funda-se na ideia de que, entre estes patrimónios, se forma uma conta-corrente que apenas cessa no momento da partilha<sup>1859</sup>. À luz desta ideia, interessaria perceber que transferências de valores entre o património comum e os patrimónios próprios podem ser configuradas em virtude da sobre-contribuição de um dos cônjuges para os encargos

<sup>1857</sup> Exposição de Motivos do Projecto de lei n. 509/X, p. 14

<sup>1858</sup> A existência deste princípio geral é defendida pela doutrina portuguesa. Cf. M. Rita Aranha da Gama Lobo Xavier, *Limites à Autonomia Privada*, 395, seguida também por Cristina M. Araújo Dias, *Uma Análise*, 62, e Cristina M. Araújo Dias, *O crédito pela compensação do trabalho doméstico*, 205. Ora, mesmo em data anterior à consagração legislativa do novo crédito compensatório, Guilherme de Oliveira, defendia a aplicação deste princípio “às relações pessoais com expressão económica, às contribuições excessivas, não exigíveis, para os encargos da vida familiar”. Guilherme de Oliveira, *Dois numa só carne*, 11.

<sup>1859</sup> F. M. Pereira Coelho, Guilherme de Oliveira; *Curso*, 430.

da vida familiar, para assim determinar a existência de uma massa patrimonial enriquecida em virtude deste comportamento.

Existindo património comum e entendendo que é responsável pelo sustento familiar<sup>1860</sup>, o facto de ter existido uma contribuição superior ao devido por um dos cônjuges para os encargos da vida familiar terá vindo a desonerá-lo deste encargo. E, assim, de acordo com esta linha de ideias, justificar-se-ia considerar o património comum devedor do património próprio do cônjuge que realizou tais contribuições. Todavia, a resposta dada aos encargos da vida familiar não cabe exclusivamente a esta massa de bens, nem esta responde apenas ou prioritariamente por estas despesas<sup>1861</sup>. Assim, apesar de se poder aceitar a classificação de “património comum de afectação especial”<sup>1862</sup>, também não lhe podemos reconhecer uma verdadeira autonomia patrimonial<sup>1863</sup>. E, portanto, não se pode estabelecer esta relação directa.

Para além disso, se o critério a seguir fosse identificar a massa patrimonial enriquecida, esta poderia encontrar-se no património próprio do outro cônjuge. Pense no caso da colaboração na actividade empresarial ou comercial do outro cônjuge. Na verdade, e não obstante os frutos provenientes desta actividade serem considerados bens comuns<sup>1864</sup> e de o próprio valor das benfeitorias produzidas no estabelecimento comercial ou indústria que sejam bens próprios acabar por

<sup>1860</sup> F. M. Pereira Coelho, Guilherme de Oliveira; *Curso*, 509, Heinz Hausheer, Berner Kommentar, 272.

<sup>1861</sup> De facto, embora se possa sustentar que o património comum está afecto à prossecução de “interesses comuns” associados à relação jurídica familiar e que responde “privilegiadamente pelo passivo comum (arts. 1695.º, 1, 1696.º, 2 e 1689.º, 2), (Esperança Pereira Mealha, *Acordos Conjugais* 41), o que é certo é que estes “interesses comuns”, embora incluam os “encargos normais da vida familiar”, são mais amplos do que estes.

<sup>1862</sup> A “afectação especial” do património comum consiste na especial responsabilidade por dívidas comuns, a quem atribui preferência na sua liquidação (artigo 1689.º, 2). F. A. Pires de Lima, *Anteprojectos de dois títulos*, 24.

<sup>1863</sup> Falta-lhe a característica essencial dos patrimónios autónomos: o facto de responder por dívidas próprias (“só responde e responde só ele por certas dívidas”). No parecer de Manuel de Andrade e de C. A. Mota Pinto, o critério preferível de reconhecimento de um património autónomo não é a especial destinação de determinados bens, mas precisamente a responsabilidade por dívidas. Manuel de Andrade – *Teoria Geral da Relação Jurídica*, vol. I, Coimbra, Almedina, 1960, p. 217 ss. e C. A. Mota Pinto, *Teoria Geral do Direito Civil*, 347. Sobre este conceito, cf. A. Ferrer Correia – “A autonomia patrimonial como pressuposto da personalidade jurídica”, in *Revista de Legislação e Jurisprudência*, n.º 115, 1983, p. 42 e 43. Ora, não é só o património comum a responder pelas dívidas contraídas para ocorrer aos encargos normais da vida familiar, já que, enquanto dívidas da responsabilidade de ambos os cônjuges (artigo 1691.º, n.1, b)), na falta ou insuficiência de bens comuns os bens próprios de qualquer dos cônjuges podem ser chamados solidariamente a responder (artigo 1695.º, n. 1). E também não está confinado a responder por estas dívidas, já que podem ser convocado para responder por outras dívidas de responsabilidade comum, e a sua meação será chamada subsidiariamente a pagar dívidas da exclusiva responsabilidade de um dos cônjuges (artigo 1696.º, n. 1. Negando plena autonomia patrimonial, também Antunes Varela, *Direito da Família*, 455. Pode responder subsidiariamente por dívidas da exclusiva responsabilidade de um dos cônjuges (1696.º, 1, 2.ª parte) e há bens comuns que respondem em primeira linha por estas dívidas (artigo 1696.º, n. 2).

<sup>1864</sup> Cf. artigos 1728.º, n.º 1 e 1733.º, n.º 2, aplicáveis por analogia, segundo PEREIRA COELHO e OLIVEIRA, ao regime da comunhão de adquiridos e que servem para sustentar esta conclusão. F. M. Pereira Coelho, Guilherme de Oliveira; *Curso*, 545 e 546.

reverter para o património comum<sup>1865</sup>, podemos considerar que há outros elementos com valor patrimonial que necessariamente se furtariam a esta inserção. Na verdade, vimos já a importância que vêm assumindo os bens que integram o conceito da *new property* e a dificuldade que as regras dos regimes de bens têm em acolhê-los. Ora, elementos como a capacidade de ganho acrescida ou a *goodwill* de um profissional, que tenham sofrido incrementos à custa da contribuição do outro cônjuge, ficarão sempre na esfera do seu titular e não integrarão o património comum, ainda que este exista.

A formulação da lei é clara, no entanto, e está excluído que o património comum seja autonomamente demandado quando é o próprio artigo 1676.º, n.º 2, que nos diz que “esse cônjuge tem direito de *exigir do outro* a correspondente compensação” (itálico nosso). Mas também consideramos que não está em causa evitar o enriquecimento do património de um cônjuge à custa do empobrecimento daquele que mais contribuiu. Na verdade, não cremos que o crédito compensatório responda a um movimento entre patrimónios – apesar do seu enfoque ser exclusivamente patrimonial. De facto, este instrumento não se dirige a permitir um reembolso por parte do cônjuge mais diligente, como se visava na versão do Projecto de Lei n.º 509/X, que previa que, no caso de a contribuição de um dos cônjuges para os encargos da vida familiar exceder manifestamente a parte que lhe pertencia nos termos da lei, esse cônjuge se tornasse credor do outro *pelo que houvesse contribuído* além do que lhe competia. Esta redacção, de facto, estava em conformidade com a explicação do mecanismo plasmada na sua própria Exposição de Motivos.

No entanto, como já tivemos oportunidade de explicar, a figura consagrada na redacção que se tornou lei não é a mesma e, portanto, não colhe aquela caracterização. Vingou a ideia de “compensação” mas, desta feita, pelos “prejuízos patrimoniais importantes” causados em virtude da renúncia de forma excessiva à satisfação dos interesses do cônjuge em favor da vida em comum e que permitiu que a sua contribuição para os encargos da vida familiar fosse consideravelmente superior ao previsto na lei.

---

<sup>1865</sup> Ou porque são benfeitorias úteis e, portanto, a incomunicabilidade não as abrange (artigo 1773.º, n.2, in fine), ou porque são benfeitorias necessárias e se considera que, sendo indispensáveis para “evitar a perda, destruição ou deterioração da coisa” e conservar a sua frutificação normal, acabam por integrar o valor dos frutos produzidos – comuns, portanto. Pires de Lima; Antunes Varela, *Código Civil Anotado*, vol. IV, 443 e 444. As benfeitorias voluptuárias não revertem para qualquer património porque não produzem valor (artigo 216.º, n. 3).

### 3.3. INSERÇÃO DO CRÉDITO COMPENSATÓRIO NAS OPERAÇÕES DA PARTILHA – OS CRÉDITOS ENTRE CÔNJUGES

Face à caracterização que fazemos do crédito compensatório, teremos de recusar a sua inserção no âmbito das compensações e reconduzi-lo à categoria de “crédito entre os cônjuges”. E assim será quer ao abrigo da posição que considera só existirem compensações quando as transferências de valores se operam entre o património comum e os patrimónios próprios, existindo um crédito entre cônjuges quando, em qualquer caso, estão em causa os patrimónios próprios<sup>1866</sup>, quer se adoptarmos a posição segundo a qual as compensações se dirigem a restabelecer o equilíbrio entre os patrimónios entre os quais se formou a mencionada conta-corrente própria da comunidade conjugal, enquanto os créditos entre os cônjuges surgem em função de vínculos originados por outras razões, nomeadamente com fundamento em responsabilidade civil<sup>1867</sup>.

Quanto à primeira perspectiva, vimos já que não está em causa uma relação com o património comum, mas que o devedor do crédito compensatório é claramente identificado com o outro cônjuge<sup>1868</sup>. A favor da conformidade com o conceito de crédito entre cônjuges da segunda posição, avançámos já o facto de não considerarmos estar perante um mecanismo de correcção das transferências que se efectua ao abrigo da conta-corrente matrimonial. Não que a ideia genérica de fluxos susceptíveis de concretização patrimonial, estabelecidos entre os cônjuges em função da vida em comum, esteja ausente da figura do crédito compensatório. Mas, na verdade, não são essas transferências que são visadas. O crédito compensatório existe não para reembolsar aquelas contribuições (transferências) adicionais, mas para responder aos prejuízos sofridos pelo cônjuge que efectuou a sobre-

<sup>1866</sup> Cf. Cristina M. Araújo Dias, *Compensações Devidas*, 127, que retoma esta mesma ideia em Cristina M. Araújo Dias, *Uma Análise do Novo Regime*, 63 e 64, e Cristina M. Araújo Dias, *O crédito pela compensação do trabalho doméstico*, 206 e 208.

<sup>1867</sup> F. M. Pereira Coelho, Guilherme de Oliveira; *Curso*, 432.

<sup>1868</sup> Para Cristina Araújo Dias a própria redacção do Decreto n.º 232/X “apontava para a existência específica de créditos entre cônjuges, não falando sequer em compensação”. E, para a Autora, esta caracterização como “crédito entre cônjuges” mantém-se na redacção da Lei 61/2008. Comungamos da opinião de Cristina Araújo Dias quanto a esta caracterização do crédito, no entanto, fundamo-lo em pressupostos diversos. Para a Autora está em causa um direito de reembolso (“o direito de ser reembolsado pelo outro naquilo em que ficou empobrecido por ter abdicado dos seus interesses pessoais”) (itálico nosso), já que, na sua opinião “retomam a letra da lei da redacção anterior do n.º 2 do art. 1676.º e vêm apenas alterar a presunção de renúncia ao crédito compensatório”. Cristina M. Araújo Dias, *Uma Análise do Novo Regime*, 65, e Cristina M. Araújo Dias, *O crédito pela compensação do trabalho doméstico*, 209. Também Duarte Pinheiro insere o crédito compensatório nesta categoria. Jorge Duarte Pinheiro, *O Direito da Família Contemporâneo*, 2013, 587.



contribuição nos termos do artigo 1676.º, n. 2. Tratar-se-á, então, de um crédito que surge ao abrigo deste fundamento específico<sup>1869</sup>.

#### **3.4. REGIME PARTICULAR DO CRÉDITO COMPENSATÓRIO. EXIGIBILIDADE. BENS QUE RESPONDEM.**

A caracterização do crédito compensatório do artigo 1676.º, n.º 2, como um crédito entre cônjuges e não como compensação em sentido estrito, tem implicações no respectivo regime. Na verdade, não obstante a ausência de uma única norma que o defina, tem-se considerado, em virtude da análise do sistema<sup>1870</sup>, que as compensações serão exigíveis apenas no momento da partilha. Era esta a solução geral proposta por BRAGA DA CRUZ para superar o regime da exigibilidade imediata do Código de Seabra e que o Autor justificava por dois motivos: evitar litígios (“dissensões ou desentendimentos conjugais”) antes daquela data e, portanto, durante a comunhão; evitar que o cônjuge-credor utilizasse a ameaça da cobrança imediata como forma de controlar a actividade do outro<sup>1871,1872</sup>.

Os créditos entre cônjuges, no entanto, seguirão o regime geral da responsabilidade civil quanto ao seu vencimento e pagamento<sup>1873</sup>. Portanto, à partida, não haveria que os diferir para o momento da partilha. Não é, todavia, essa a solução consagrada na lei para o crédito compensatório, que considera que “só é exigível no momento da partilha dos bens do casal” (artigo 1676.º, n.º 3). Poderíamos ver neste enunciado um apego ao regime das compensações que o

<sup>1869</sup> Não se encaixará, todavia, em duas notas da caracterização que PEREIRA COELHO e OLIVEIRA fazem dos créditos entre cônjuges – serem “autónomos e excepcionais”. F. M. Pereira Coelho, Guilherme de Oliveira; *Curso*, 432. Na verdade, o crédito compensatório traduz as consequências do que terá sido a realidade contributiva vivida durante o casamento e não o resultado de um facto pontual.

<sup>1870</sup> Cf. as soluções dos artigos 1697.º e 1726.º, invocados por PEREIRA COELHO e OLIVEIRA para sustentar esta solução, apesar de reconhecerem a falta de harmonização na área (testemunhada pelos artigos 1727.º e 1728.º, n. 1), à qual não reconhecem maior relevância. F. M. Pereira Coelho, Guilherme de Oliveira; *Curso*, 433.

<sup>1871</sup> Braga da Cruz, Capacidade patrimonial, 413. Braga da Cruz previa, na sua proposta, que houvesse sempre a “possibilidade de *provocar* a exigibilidade da dívida, que é a de provocar uma prematura “partilha do casal” através duma “separação judicial de bens”. A exclusão da sujeição a esta regra dos cônjuges casados no regime da separação de bens justificava-se, porém, pela autonomia patrimonial dos cônjuges que o caracterizava e que não estaria em conformidade com qualquer dilação na exigibilidade das dívidas conjugais. *Idem*.

<sup>1872</sup> Cristina Dias acrescenta ainda uma terceira razão para este diferimento – o facto de, na comunhão, estarmos perante um património colectivo pertencente aos cônjuges “em bloco”, de que nenhum dos cônjuges pode dispor por si só, o que, portanto, também obstará a que o cônjuge exigisse dele uma compensação. Cristina M. Araújo Dias, *Compensações Devidas*, 208. Pereira Coelho e Oliveira contrapõem a este argumento que seria possível criar desvíos ao conceito de propriedade colectiva, que aliás já se encontram noutros pontos do regime (cf. artigos 1788.º, n.º 2, ou 1682.º, n.º 2). F. M. Pereira Coelho, Guilherme de Oliveira; *Curso*, 437.

<sup>1873</sup> F. M. Pereira Coelho, Guilherme de Oliveira, *Curso*, 432.

legislador de 2008 simplesmente teria transposto, descurando as diferenças entre esta figura e os créditos entre cônjuges<sup>1874</sup>. Ou poderíamos encontrar nela a manifestação de alguma inércia face à redacção da norma que resultou da Reforma de 1977, que se referia à renúncia do direito a exigir uma “compensação” pela contribuição excessiva. Esta figura podia ainda suportar a ideia de transferências entre patrimónios<sup>1875</sup> e, portanto, a referência às compensações como meio de reposição do seu equilíbrio. Ideia similar de retorno da contribuição excessiva transitou para a versão do Projecto de Lei n.º 509/X<sup>1876</sup>, que passou, todavia, a referir-se ao “crédito” de um cônjuge sobre o outro, mas que acolhe o momento da partilha para efeitos da sua exigibilidade. A versão que se tornou lei voltou a referir-se à “compensação”. Operou, todavia, como concluímos, uma modificação estrutural do mecanismo original. Deixou, portanto, em nosso entender, de poder acolher a ideia de movimento entre patrimónios. É possível, no entanto, que o percurso legislativo atribulado do preceito tenha deixado passar os acertos terminológicos e tenha propiciado a colagem ao regime de uma figura diversa.

Vimos, no entanto, que a natureza do crédito compensatório e a sua ligação intrínseca à comunidade conjugal faz com que, mais do que adiar para o momento da partilha, o ponto temporal a partir do qual este crédito é exigível não possa ser anterior à dissolução do casamento. E, assim, o sentido possível a retirar do enunciado legislativo do artigo 1676.º, n.º 3, é, já o dissemos, só ser este crédito exigível no momento da *partilha após o divórcio*. Deste modo, nem se identifica verdadeiramente com o regime das compensações, que remete para a partilha sem mais, nem com a exigibilidade imediata do crédito, que, ao ser configurado como efeito do divórcio, poderia a partir deste momento vir a ser exigido (cf. artigo 777.º)<sup>1877</sup>.

Pensamos, todavia, que o *momento da dissolução* tem relevância para efeito de determinação do montante do crédito compensatório. De facto, se estivéssemos

---

<sup>1874</sup> Para Cristina Dias, a intenção do legislador não resulta da letra da lei e o seu propósito de querer remeter a exigibilidade dos créditos para um momento posterior ao fim da relação matrimonial deveria ter sido expressamente plasmado. Cristina M. Araújo Dias, *Uma Análise do Novo Regime*, 70, 71 e 74, e Cristina M. Araújo Dias, *O crédito pela compensação do trabalho doméstico*, 215, 216, 219 e 220.

<sup>1875</sup> Pelo menos na concepção acima referida de PEREIRA COELHO e OLIVEIRA.

<sup>1876</sup> Na versão da norma do Projecto de lei 509/X, a que a Exposição de motivos se referia podia ler-se que: “[s]e a contribuição de um dos cônjuges para os encargos da vida familiar exceder manifestamente a parte que lhe pertencia nos termos do número anterior, esse cônjuge torna-se credor do outro pelo que haja contribuído além do que lhe competia; mas este crédito só é exigível no momento da partilha dos bens do casal, a não ser que vigore o regime da separação”.

<sup>1877</sup> A questão da imprescritibilidade dos créditos entre cônjuges (cf. artigos 306.º, n.º 1 e 318.º, a)) não assume aqui relevância autónoma já que o crédito só é exigível no momento da partilha. Para os casos de separação de bens, ver infra.

perante uma compensação, o seu valor seria determinado em função do momento em que o movimento patrimonial se havia realizado<sup>1878</sup>. No caso específico do crédito compensatório do artigo 1676.º, n.º 2, como os “prejuízos patrimoniais importantes” só se cristalizam no momento da dissolução do casamento, é esta a data que parece ser de ter em conta para a determinação do seu valor (não obstante a possibilidade de consideração de danos futuros).

O crédito compensatório, enquanto crédito entre os cônjuges, será então, nos termos do artigo 1689.º, n.º 3, pago pela meação do cônjuge devedor no património comum, mas, no caso de falta ou insuficiência destes, responderão os seus bens próprios<sup>1879</sup>. Note-se que, ultrapassado o momento processual determinativo da partilha, fica precluída necessariamente a afectação de bens comuns entretanto já partilhados. Ficando, então, o crédito por satisfazer, total ou parcialmente, na cobrança coerciva posterior responderão bens do devedor.

### 3.5. PAGAMENTO POR UM DOS CÔNJUGES DE DÍVIDAS CONTRAÍDAS PARA A CORRER AOS ENCARGOS DA VIDA FAMILIAR

Interessa, ainda, debruçarmo-nos sobre um caso particular, para o qual a lei parece já ter encontrado tratamento próprio. Na verdade, quando estamos perante dívidas contraídas para acorrer aos encargos da vida familiar – dívidas comuns, portanto, nos termos do artigo 1691.º, n.º 1, alínea b) – a lei prevê que, na falta ou insuficiência de bens comuns, os bens próprios de qualquer dos cônjuges respondam solidariamente (artigo 1695.º, n.º 1). Ora, nos termos do artigo 1697.º, n.º 1, em tal circunstância o cônjuge que tenha contribuído mais do que a sua conta

<sup>1878</sup> Para Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira, na falta de disposição especial, aplica-se a regra geral que consagra o princípio nominalista (artigo 550.º). Reconhecem, todavia, os problemas que esta regra pode causar, especialmente face ao deferimento da sua exigibilidade para o momento da partilha, num contexto em que a desvalorização monetária durante um período mais ou menos alargado pode causar uma depreciação considerável deste valor. F. M. Pereira Coelho, Guilherme de Oliveira; *Curso*, 438 e 439. Na verdade, sustentam que poderá nem sequer existir uma verdadeira lacuna legal. Tal conclusão é corroborada pela posição de ANTUNES VARELA, que considera preferível o princípio nominalista, em virtude das dificuldades práticas relacionadas com a obtenção de um critério adequado de actualização monetária. João de Matos Antunes Varela, *Das Obrigações em Geral*, 854 e 854. Cristina Dias, todavia, defende a aplicação do artigo 2109.º, n.º 3, por interpretação extensiva ou por aplicação analógica, que prevê que o valor dos bens doados no âmbito do regime da colação seja actualizado nos termos do artigo 551.º, por considerar que este artigo encerra um regime geral de actualização. Cristina M. Araújo Dias, *Compensações Devidas*, 222 a 2245, e Cristina M. Araújo Dias, *Do Regime da Responsabilidade por Dívidas*, 865 e ss.

<sup>1879</sup> Guilherme de Oliveira, *A Nova Lei do Divórcio*, 20. É este, pensamos, o sentido que devemos dar às palavras de OLIVEIRA, quando escreve que o cônjuge que “se entregou ao casamento em condições de manifesta desigualdade (...) deve ter um direito especial, o direito a ser compensado pelo excesso manifesto que deve acrescer ao direito normal à meação do património comum”. Na verdade, não se alteraram as regras relativas à partilha, mas a meação do cônjuge devedor no património comum responde pelas dívidas daquele.

nessa resposta “torna-se credor do outro pelo que haja satisfeito além do que lhe competia”<sup>1880</sup>, embora a sua exigibilidade se difira para o momento da partilha, nos regimes de comunhão.

Devemos então considerar que a contribuição (excessiva) que corresponda ao pagamento de dívidas do casal deverá continuar a ter o tratamento autónomo que lhe é reservado por este regime ou o artigo 1767.º, n.º 2, funciona como *lex specialis* face a este regime?

Parece-nos que, nos casos em que os bens próprios de um cônjuge são chamados a responder por dívidas contraídas para ocorrer aos encargos normais da vida familiar, não estão em causa necessariamente os mesmos comportamentos que configuram o “investimento conjugal” que uma contribuição acrescida para os encargos da vida familiar representa. Esta resposta existe por imposição da lei e para satisfazer um terceiro, o credor. É certo que, no momento a que se refere o artigo 1695.º, n.º 1, verdadeiramente, a contribuição excessiva ainda não se deu. Foi só adiantado o pagamento em virtude da regra da responsabilidade *solidária* que permite que só um cônjuge seja chamado a responder pela prestação integral, libertando o seu consorte. No momento de acerto patrimonial a que se refere o artigo 1697.º, n.º 1, é que se determina com quanto cada um dos cônjuges deverá responder, de acordo com a repartição proporcional aos seus meios legislativamente determinada (artigo 1676.º, n.º 1)<sup>1881</sup>. Pensamos, assim, que o cônjuge que foi chamado a saldar com valores próprios a dívida comum não deve ver entrar esta situação no regime do crédito compensatório e, portanto, não deve sujeitar-se o seu direito de regresso aos requisitos do artigo 1676.º, n.º 2.

É certo, porém, que, em termos de solução final, em ambos os casos – pagamento do crédito compensatório ou “compensações devidas pelo pagamento de dívidas do casal” – está em causa o pagamento efectuado por um cônjuge ao outro, que só será exigível no momento da partilha (num caso, na sequência de divórcio, no outro, não necessariamente). Todavia, a cobertura jurídica que se dá a tal pagamento pode ter consequências, nomeadamente em termos de valor. O tratamento ao abrigo do artigo 1697.º, n.º 1, determina a consideração

---

<sup>1880</sup> Note-se, como lembram PEREIRA COELHO e OLIVEIRA, que os cônjuges não respondem necessariamente por metade da dívida quando se trata de ocorrer aos encargos normais da vida familiar, porque a responsabilidade de cada um será medida em função das possibilidades de casa um, nos termos do artigo 1676.º, n. 1. F. M. Pereira Coelho, Guilherme de Oliveira; *Curso*, 418.

<sup>1881</sup> F. M. Pereira Coelho, Guilherme de Oliveira; *Curso*, 418.

independente daquilo que foi pago à custa dos bens próprios do cônjuge credor, e a sua avaliação reporta-se ao momento da transferência patrimonial (quando foi paga a dívida); já a sua inserção no âmbito do crédito compensatório determina que seja mais um elemento na avaliação de um complexo de comportamentos contributivos, que se fixam no momento da dissolução do casamento e que serão avaliados em função dos “prejuízos patrimoniais importantes” causados.

### 3.6. DETERMINAÇÃO DO CRÉDITO COMPENSATÓRIO NOS ACORDOS SOBRE A PARTILHA

No regime de comunhão, é no contexto da partilha pós-divórcio que se procede à determinação do crédito compensatório. Assim, teremos de traçar os cenários em que a partilha pode aparecer na sequência da dissolução do casamento.

No divórcio por mútuo consentimento, a partilha faz apenas uma tímida aparição ao ser previsto na alínea a), do n.º 1, do artigo 1775.º, que o requerimento dos cônjuges que o instaura na conservatória do registo civil *pode* ser acompanhado por acordo sobre a partilha ou pedido de elaboração deste, “caso os cônjuges optem por proceder à partilha daqueles bens nos termos dos artigos 272.º-A a 272.º-C do Decreto-Lei n.º 324/2007, de 28 de Setembro”<sup>1882</sup>. Deste modo, o figurino do divórcio por mútuo consentimento administrativo que resultou da Lei n.º 61/2008, persistiu em não exigir o acordo relativo à partilha, possibilidade já debatida e afastada noutros momentos-chave de reforma do divórcio<sup>1883</sup>. As vantagens reconhecidas pela Doutrina à obrigatoriedade deste acordo – maior consistência dos

---

<sup>1882</sup> NA verdade, a lei refere-se aos artigos 272.º-A a 272.º-C do Código do Registo Civil, na redacção dada pelo Decreto-Lei n.º 324/2007, de 28 de Setembro.

<sup>1883</sup> A este propósito, ver Pereira Coelho, Divórcio e separação judicial de pessoas e bens, p. 29 e 30, segundo o qual a ideia fundamental do regime introduzido em seria alcançar um “verdadeiro, genuíno e autêntico consentimento dos cônjuges, não só sobre o divórcio, mas também sobre as suas mais importantes sequelas”, daí que relativamente a determinadas matérias se tivesse passado a exigir que se homologassem acordos para que fosse deferido o pedido de divórcio por mútuo consentimento. Todavia, e apesar de a subcomissão do direito da família ter admitido a possibilidade de estender esta obrigatoriedade de acordo quanto à partilha dos bens do casal, esta ideia foi abandonada, para não dificultar o acesso ao divórcio. De facto, como Guilherme de Oliveira vem explicar, “enquanto a solução dos primeiros três temas era imperiosa e também urgente – de facto, é necessário conhecer o regime que vai valer logo a seguir ao divórcio – a partilha dos bens podia esperar apesar dos inconvenientes da demora.” Guilherme de Oliveira, *A Nova Lei do Divórcio*, 8 e 9.

restantes acordos, decididos em função de um quadro patrimonial estabilizado<sup>1884</sup> – cederam face à já antiga preocupação de agilizar o divórcio<sup>1885</sup>.

O carácter facultativo do acordo relativo à partilha faz assim com que, no caso de não ser apresentado entre os documentos a que se refere o artigo 1775.º, tal não tenha consequências no seguimento do divórcio por mútuo consentimento administrativo. Para além disso, no caso de haver remessa do processo de divórcio para a via judicial nos termos do artigo 1778.º (porque algum ou os acordos efectivamente exigidos não acautelam os interesses em causa), o tribunal não tem de decidir acerca da partilha dos bens do casal<sup>1886</sup>.

Imaginemos, porém, que os cônjuges optam por apresentar tal acordo<sup>1887</sup>. Neste caso, tendo em conta que o crédito compensatório tem a sua sede processual própria na partilha, deverá ser incluída a determinação deste crédito no acordo que se junta<sup>1888</sup>. Na verdade, o acordo de partilha tem os mesmos efeitos previstos na lei para outras formas de partilha (artigo 272.º-A, n.º 4, do CRegCiv) e, portanto, não haverá como nem porque se diferenciar esta hipótese.<sup>1889</sup>

Ora, este acordo estará sujeito ao escrutínio do conservador, que poderá convidar os cônjuges a alterá-lo, se os seus interesses não forem adequadamente protegidos (artigo 1776.º, n.º 1). O crédito compensatório do artigo 1676.º, n.º 2,

<sup>1884</sup> Guilherme de Oliveira considera que este momento da reforma de 2008 teria sido azado para incluir a obrigatoriedade do acordo da partilha, reconhecendo precisamente a vantagem de tornar mais consistentes os acordos relativos à casa de morada de família, alimentos devidos aos filhos e ao ex-cônjuge. Guilherme de Oliveira, *A Nova Lei do Divórcio*, 8. Também Rita Lobo Xavier o reconhece, em particular relativamente ao acordo sobre os alimentos. Rita Lobo Xavier, *Recentes Alterações*, 16.

<sup>1885</sup> Aludindo a esta ponderação, ver Rita Lobo Xavier, *Recentes Alterações*, 16. Note-se, como Guilherme de Oliveira sublinha, que o regime actual não faria perder a possibilidade de enveredar pelo divórcio por mútuo consentimento na ausência ou na falta de adequação do acordo obrigatório, já que a falha ao nível dos acordos complementares apenas remete o divórcio para a via judicial (Cf. artigo 1778.º) e não aumentaria o risco de indeferimento do divórcio. Guilherme de Oliveira, *A Nova Lei do Divórcio*, 11 e 9. Todavia, o argumento da celeridade continua a valer, já que a eventual demora associada à obrigatoriedade de um acordo que se poderia revelar particularmente exigente. *Ibidem*, 9.

<sup>1886</sup> A lei refere-se à necessidade de o juiz fixar as consequências do divórcio relativas às “questões referidas no n.º 1 do artigo 1775.º sobre que os cônjuges não tenham apresentado acordo”, mas não poderá senão querer abranger aquelas sobre as quais versam os acordos obrigatórios (artigo 1778.º-A, n. 3).

<sup>1887</sup> Cf. Artigo 272.º-B, n. 1., a) CRegCiv. (“Elaboração de documento, conforme à vontade dos interessados, que titule a partilha, seguida da leitura e explicação do respectivo conteúdo”).

<sup>1888</sup> Em Espanha, o conteúdo mínimo da proposta de *convénio regulador* apresentado no divórcio por mútuo consentimento incluirá a *compensación* (artigo 90 Código Civil Espanhol). Tal convénio é sujeito a controlo judicial prévio e aprovação judicial – o juiz deve velar pela conformidade das medidas propostas com os interesses dos cônjuges e dos filhos. No entanto, no caso espanhol, a determinação da *compensación* não se faz no contexto da liquidação do regime económico do casamento. Na verdade, na prática não é frequente incluir no convénio regulador as base de uma futura liquidação. Na falta deste acordo, a liquidação do regime matrimonial será realizada em processo diferente concomitante ou consecutivo à separação ou divórcio. LaCruz Berdejo et al., *Elementos de Derecho Civil*, t. IV, 95 ss. e Gil Mique, *El convenio regulador*, 357.

<sup>1889</sup> O acordo de partilha é homologado pela decisão que decreta o divórcio (Artigo 272.º-A, n. 5 CRCiv e da decisão proferida pelo conservador cabe recurso para o Tribunal da Relação (Artigo 274.º - 1).

integrará, portanto, aquilo que está sob o controlo do conservador. Ora, atenta a complexidade que a sua avaliação pode envolver, assumirá particular relevância a possibilidade avançada de aquele determinar a prática de actos e a produção de prova necessárias para tal<sup>1890</sup>. Parece, no entanto, que, dada a falta de obrigatoriedade do acordo, se o resultado alcançado não for satisfatório (nem após as alterações realizadas), aquele não será homologado, mas tal não impedirá o decretamento do divórcio na conservatória. Simplesmente, a questão da partilha (e a determinação do crédito compensatório) será resolvida noutra sede.

Há, ainda, que considerar a hipótese de ter sido apresentado acordo sobre a partilha no divórcio requerido na conservatória do registo civil, mas o processo ter sido remetido para tribunal, nos termos do artigo 1778.º, em virtude das iniquidades verificadas num dos acordos complementares. Nas situações em que o processo de divórcio é transplantado para o contexto judicial, a lei pretende que os acordos apresentados sejam tidos em conta (artigo 1778.º-A, n.º 6). Isto acontece, sem dúvida, quanto às matérias de acordo obrigatório no divórcio por mútuo consentimento administrativo. Mas também deverá incluir o acordo sobre a partilha, se os cônjuges optaram por ele e conseguiram realizá-lo de forma satisfatória face aos interesses em causa. Na verdade, tanto por uma questão de economia processual, como, principalmente, em homenagem à ideia de pacificação das relações entre os cônjuges, justifica-se a mais ampla recepção do consentimento dos cônjuges, não só quanto à dissolução do casamento como também quanto às suas sequelas, incluindo a partilha. Não se tratará, então, de ver o juiz no divórcio por mútuo consentimento judicial decidir acerca da partilha “como se se tratasse de um divórcio sem consentimento de um dos cônjuges” (artigo 1778.º-A, n.º 3) – o que, aliás, levantaria dúvidas e problemas de compatibilização processual<sup>1891</sup> – mas, simplesmente, de apreciar o acordo da partilha elaborado com sucesso pelos cônjuges<sup>1892</sup>. Deste modo, e na sequência daquilo que concluímos relativamente à presença do crédito compensatório no âmbito deste acordo, esta matéria também deverá ser aqui incluída.

---

<sup>1890</sup> Cf. Artigo 1776.º, n. 1. É certo que o facto de se tratar de um acordo e, portanto, não existir litígio, apontará as mais das vezes para uma menor complexidade na avaliação da solução apresentada.

<sup>1891</sup> De facto, como veremos, no divórcio sem consentimento do outro cônjuge, a partilha é levada a cabo no processo de inventário, dirigido e decidido pelo notário.

<sup>1892</sup> PATRÃO aponta como ratio da homologação dos acordos evitar que o ascendente de um cônjuge relativamente ao outro leve, por exemplo, a aceitar acordos em seu desfavor. Afonso Patrão, *Os acordos complementares no divórcio*, 110, nota 24. Ora, tal será relevante quer a entidade que homologa seja o juiz quer o conservador. Não adere à posição de LEITE DE CAMPOS, para quem esta intervenção “não é legítima quanto aos interesses dos cônjuges que se presumem adultos e responsáveis”. Diogo Leite de Campos, *Lições de Direito da Família*, 294.

### 3.7. DETERMINAÇÃO DO CRÉDITO COMPENSATÓRIO NO PROCESSO DE INVENTÁRIO. APRECIÇÃO CRÍTICA DA COMPETÊNCIA DO NOTÁRIO E COMPETÊNCIA DO JUIZ.

No caso de processo de divórcio por mútuo consentimento (administrativo ou judicial) que chega ao seu termo sem que a questão da partilha tenha sido resolvida por acordo ou na situação de divórcio sem consentimento de um dos cônjuges em que o acordo relativo à partilha não tenha sido obtido<sup>1893</sup>, esta operação correrá na sua nova sede desde 2013 – o cartório notarial<sup>1894</sup>. Na verdade, a Lei n.º 23/2013, de 5 de Março (Regime jurídico do processo de inventário - RJPI), remeteu o processo de inventário para o cartório notarial. Com esta alteração legislativa, posterior à Lei n.º 61/2008, a determinação do crédito compensatório no âmbito dos regimes de comunhão afasta-se mais daquela que é levada a cabo no contexto do regime da separação de bens. Não só o processo é diverso, como a entidade competente passou a ser diferente. Na verdade, à data de entrada em vigor da Lei n.º 61/2008, a partilha era da competência dos tribunais. Assim sendo, teremos de equacionar a determinação do crédito compensatório no âmbito deste *iter* processual.

A partilha conjugal figura com pouco destaque no regime do inventário. Na verdade, proceder à “partilha consequente à extinção da comunhão de bens entre os cônjuges” é apontada como uma função adicional do inventário (artigo 2.º, n.º 3, do RJPI), a que a Lei n.º 23/2013 dedica somente três artigos (artigos 79.º a 81.º do RJPI), dos quais apenas o artigo 79.º se debruça sobre o inventário em consequência de separação, divórcio e declaração de nulidade ou anulação do casamento. Daí que, no que não seja expressamente previsto, se siga o regime do inventário destinado a pôr termo à comunhão hereditária (artigo 79.º, n.º 2, do RJPI), com as necessárias adaptações que a partilha conjugal justificará.

O processo de inventário inicia-se com o requerimento de qualquer dos cônjuges (artigo 79.º do RJPI)<sup>1895</sup>. O cabeçalato é atribuído ao cônjuge mais velho

---

<sup>1893</sup> Poderá não haver acordo porque não chegam a ele ou um dos ex-cônjuges não pode validamente manifestar-se. Cf. Eduardo Sousa Paiva; Helena Cabrita, *Manual do processo de inventário*, 220.

<sup>1894</sup> Sobre a competência de cartório notarial e do tribunal, v. António Alberto Vieira Cura, *Escolha da Conservatória*, 595.

<sup>1895</sup> Porque a mais ninguém interessa que se proceda a partilha CARDOSO, João António Lopes – *Partilhas Judiciais*, vol. III, 4. Ed., Coimbra, Almedina, 1991, p. 350.



(artigo 79.º, n.º 2, do RJPI)<sup>1896</sup>, que deverá fornecer os elementos necessários ao prosseguimento do inventário (artigos 23.º e 24.º do RJPI). São, então, relacionados os bens a partilhar – inclusivamente direitos de crédito (artigo 25.º, n.º 1, do RJPI) – e, em separado, procede-se à relação do passivo (artigo 25.º, n.º 2, do RJPI). Por fim, são pagas as dívidas dos cônjuges entre si (artigo 1689.º, n.º 3, do CCiv)<sup>1897</sup>. Ora, é nesta sede, como vimos, que deveremos tratar do crédito compensatório.

Estando assente que esta matéria tem lugar no curso do processo de inventário, ainda assim há que questionar da propriedade do seu tratamento pelo novo decisor introduzido pela Lei n.º 23/2013 – o notário. Ora, não é só relativamente a este momento, mas também relativamente à partilha na sua globalidade, que se tem colocado o problema da adequação da competência atribuída ao notário. De facto, a trasladação deste processo dos tribunais para os cartórios notariais não assentou numa mudança da função e finalidade do processo de inventário, que se destina, como antes, a descrever, avaliar e partilhar uma massa patrimonial<sup>1898</sup>. Há, assim, que determinar a natureza dos actos praticados no seio deste processo, para aferir quem pode assumir o papel de decisor<sup>1899</sup>.

Na verdade, a CRP, no seu artigo 202.º, atribui exclusivamente aos tribunais o exercício da actividade jurisdicional. A Lei Fundamental consagra, assim, a reserva da função jurisdicional<sup>1900,1901</sup>, que implica que apenas os juízes, enquanto detentores do poder judicial, possam exercer essa função, e não qualquer outro actor inserido na estrutura dos tribunais. Assim, a reserva de jurisdição traduz-se

---

<sup>1896</sup> Sobre as vicissitudes legislativas de atribuição do cabeçalato, ver CARDOSO, João António Lopes – *Partilhas Judiciais*, vol. III, 4. Ed., Coimbra, Almedina, 1991, p. 362 e 363.

<sup>1897</sup> Lopes Cardoso, *Partilhas Judiciais*, vol. III, p. 392. Estas dívidas não deverão ser objecto de relação, ainda que sejam consideradas no momento da partilha para serem satisfeitos na conformidade do disposto no artigo 1689.º, 3. Também neste sentido, Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 12-03-(Maria José Guerra) (797/08.0TMCBR-B.C1) ([www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)).

<sup>1898</sup> Nuno de Lemos Jorge, *Função do Notário e Função do Juiz*, 127.

<sup>1899</sup> Tratámos já da questão das fronteiras da legitimidade decisória de entidades não judiciais e da delimitação da reserva de jurisdição no ordenamento jurídico português na nossa monografia *A administração do património*, 144 ss., que seguiremos de perto em algumas passagens desta discussão.

<sup>1900</sup> Esta definição não é, todavia, inequívoca. Na verdade, a própria Constituição parece ignorar a definição de carácter geral que faz no artigo 202.º, no sentido de que “os tribunais são os órgãos de soberania com competência para administrar a justiça em nome do povo”, ao contemplar expressamente em vários artigos as matérias que sujeita sempre a decisão judicial. Paulo Rangel ensaia uma explicação para a coexistência destas regras, sugerindo que: ou estas normas “(a) constituem um mero afloramento ou concretização de um princípio geral de reserva; (b) ou (...), ao contrário, são prova *positiva* de que não existe uma reserva geral, mas simples reservas singulares ou privativas; (c) ou, discorrendo em alternativa, (...) significam que a intensidade daquela reserva geral não é tão funda quanto a dessas reservas singulares, devendo, portanto, graduar-se diferentes níveis de jurisdição”. Paulo de Castro Rangel, *Reserva de Jurisdição*, 12 e 13.

<sup>1901</sup> Cf. Ac. TC n.º 620/2007 (Relator: Conselheiro Carlos Fernandes Cadilha), Processo n.º 1130/2007 (<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20070620.html>)

numa reserva de juiz<sup>1902</sup>. Esta reserva, todavia, limita-se apenas aos actos materialmente jurisdicionais. Estes poderão ser caracterizados partindo da definição de QUEIRÓ, segundo a qual “[o] *quid specificum* do acto jurisdicional reside em que não apenas pressupõe mas é necessariamente praticado para resolver uma “questão de direito”. (...) Se actua, por força da lei, para se conseguir a produção de um resultado prático diferente da paz jurídica decorrente da resolução dessa “questão de direito”, então não estaremos perante um acto jurisdicional; estaremos, sim, perante um acto administrativo. A distinção (...) é de ordem teleológico-objectiva. Em cada caso, há que proceder à interpretação da lei para se concluir qual é a finalidade objectiva que com o exercício de determinada competência legal necessariamente se realiza”<sup>1903</sup>. Assim, haverá que levar a cabo esta averiguação, no seio do processo de inventário, em particular quanto ao momento que nos interessa – a determinação do crédito compensatório.

Já foi sustentado que, tendo o processo de inventário uma natureza “complexa” ou “mista”<sup>1904</sup>, a opção do legislador pela desjudicialização traduziu o juízo por parte deste de que aquele será “essencialmente de carácter administrativo”, não obstante no processo serem suscitadas questões que se traduzem num verdadeiro conflito de interesses<sup>1905</sup>. Ora, se, de facto, no processo de inventário, são suscitadas controvérsias que convocam uma “decisão jurídica com prerrogativas de autoridade”, dificilmente poderemos negar a classificação de actos materialmente jurisdicionais a tais decisões<sup>1906</sup>.

Poder-se-á retorquir que, no âmbito do processo de inventário, há lugar à intervenção do juiz e que, ao contrário daquilo a que assistimos noutros modelos de desjudicialização, o acto essencial da partilha – a homologação – continua a ser um acto jurisdicional. Tais afirmações, todavia, não obscurecem o facto de o novo sujeito processual introduzido pela Lei n.º 23/2013 – o notário – ser simultaneamente o condutor e o decisor neste processo e de o tribunal ter perdido o poder geral de

---

<sup>1902</sup> Sobre a reserva de juiz na Constituição, v. J. J. Gomes Canotilho, Moreira, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 508 e Jorge Miranda, Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo III, 26ss, 32.

<sup>1903</sup> Afonso Rodrigues Queiró, *A função administrativa*, 31.

<sup>1904</sup> João António Lopes Cardoso, Augusto Lopes Cardoso, *Partilhas Judiciais*, vol. I, 52. Lopes Cardoso explica que no que diz respeito à mera autenticação do que foi deliberado pelos interessados, sem que haja oposição, trata-se de um processo gracioso; já se existir conflito entre os interessados, então haverá que realizar uma actividade de administração da justiça, de carácter contencioso. *Idem*, 51 e 52.

<sup>1905</sup> Maria João Gonçalves, *O Novo Regime do Processo de Inventário*, 144.

<sup>1906</sup> Nuno de Lemos Jorge, *Função do Notário e Função do Juiz*, 127.

controlo do inventário<sup>1907,1908</sup>. De facto, é o notário quem aprecia e decide as várias questões que surgem no curso do processo de inventário, inclusivamente questões que exigem que se faça produção de prova e que se emita uma decisão de mérito<sup>1909</sup>.

A intervenção do juiz tem um carácter meramente pontual. Além da homologação da partilha, reconduz-se à apreciação de decisões tomadas pelo notário, à decisão de impugnações e reclamações que sejam suscitadas pelos interessados. E, em qualquer destas hipóteses, esta intervenção tem de ser suscitada e está dependente da remessa do notário para o tribunal<sup>1910</sup>. Além desta intervenção “por via incidental e *a posteriori*”, assistimos à intervenção judicial fora do processo de inventário, em acção própria, mas que poderá ter repercussões neste<sup>1911</sup>.

Ora, o desenho das esferas de actuação de notário e do juiz não elimina as dúvidas relativas à conformidade com as exigências constitucionais de reserva jurisdicional. Na verdade, pense-se nas situações em que se abre a possibilidade de o notário remeter para os meios comuns as questões a serem resolvidas no âmbito do inventário (artigo 16.º do RJPI). Aqui, vai ser o juiz, no exercício da função jurisdicional, quem conhecerá sobre a mesma matéria que poderia ter sido resolvida pelo notário<sup>1912</sup>.

Quanto às questões decididas pelo notário, mesmo admitindo-se recurso destas decisões para o tribunal, também não se encontram ultrapassados os obstáculos levantados pela reserva de jurisdição constitucionalmente consagrada<sup>1913</sup>. De facto, se concluíssemos que os actos praticados no processo de inventário se bastariam com a cobertura da reserva relativa<sup>1914,1915</sup>, a “reserva de segunda palavra”, admitir-se-ia que tais actos pudessem ser praticados por uma

<sup>1907</sup> Eduardo de Sousa Paiva, *O Novo Processo de Inventário*, 106 e 107.

<sup>1908</sup> Notando também a falta de coerência da arrumação de competências no âmbito do processo de inventário, ver MARQUES, Filipe César Vilarinho – «A Homologação da Partilha», *Julgat*, n. 14, 2014, 155.

<sup>1909</sup> Eduardo de Sousa Paiva, *O Novo Processo de Inventário*, 107.

<sup>1910</sup> Eduardo de Sousa Paiva, *O Novo Processo de Inventário*, 107.

<sup>1911</sup> Eduardo de Sousa Paiva, *O Novo Processo de Inventário*, 111.

<sup>1912</sup> Nuno de Lemos Jorge, *Função do Notário e Função do Juiz*, 127. Daí que LEMOS JORGE se questione, “afinal, o que de “menos jurisdicional” teria ocorrido nesta última hipótese.”

<sup>1913</sup> Nuno de Lemos Jorge, *Função do Notário e Função do Juiz*, 128.

<sup>1914</sup> Esta também é denominada *garantia de recurso ou garantia da via judiciária – Rechtsweggarantie*.

<sup>1915</sup> Impõe-se fazer o esclarecimento de que a reserva relativa é “uma autêntica reserva de jurisdição (e não “apenas”, como às vezes parece pressupor-se, uma garantia de acesso à via judiciária)”. Deste modo, ainda que ao tribunal se garanta somente a “última palavra”, esta é “uma função que lhe está constitucionalmente reservada e que não pode ser exercida por nenhuma outra autoridade”. Paulo RANGEL, *Reserva de jurisdição*, 68.

entidade não judicial – o notário –<sup>1916</sup>, embora sujeitos a um controlo *a posteriori* por parte dos tribunais<sup>1917</sup>. Mas, se estivermos numa área de reserva absoluta<sup>1918</sup>, tais actos terão de ser necessariamente praticados pelos tribunais. Segundo o “critério das duas palavras”<sup>1919</sup> a que o Tribunal Constitucional recorre para avaliar a “intensidade e extensão” da reserva de jurisdição, nestes casos o tribunal terá de ter a “primeira palavra” – só o juiz pode intervir, excluindo-se a decisão por parte de outras entidades, ainda que se consagre a possibilidade de recurso para o tribunal.

Ora, fora da área da reserva absoluta *especificada* – identificada com as matérias que são expressamente previstas ou pela Constituição ou pela lei ordinária<sup>1920</sup> – é necessário lançar mão de um critério orientador para isolar o que cabe dentro da reserva absoluta. Para RANGEL, este “critério material” reconduz-se à “ausência de um interesse público estranho ao conflito jurídico patenteado na espécie”<sup>1921</sup>. Assim, a imposição de uma reserva absoluta ou da admissibilidade de uma reserva relativa quanto a determinados actos depende da aferição da presença ou ausência de interesse público justificativo da actuação administrativa. E este interesse, ensina OLIVEIRA ASCENSÃO, tem de ser um “interesse público específico, que não se reconduza ao da boa administração da justiça, já que este cabe aos tribunais prosseguir-lo”<sup>1922</sup>. Deste modo, uma matéria só cairá no âmbito da reserva relativa se se provar a existência de tal interesse público<sup>1923</sup>.

Pareceria, assim, abrir-se a via para admitir a intervenção de outros entes decisórios que não o tribunal, no âmbito da reserva relativa de jurisdição. No entanto, o entendimento do Tribunal Constitucional tem sido mais estrito a este

---

<sup>1916</sup> Paulo RANGEL admite que esta entidade não seja necessariamente a Administração. Paulo RANGEL, *Reserva de jurisdição*, p. 65.

<sup>1917</sup> No campo da reserva relativa, podemos distinguir dois níveis diversos, consoante o grau de intervenção do tribunal. Assim, enquanto no caso de reserva relativa integral, pode haver substituição da decisão tomada, no caso de reserva relativa parcial, realiza-se um mero controlo de legalidade, que poderá conduzir à anulação da decisão, mas não permite a substituição por outra. Paulo RANGEL, *Reserva de jurisdição*, p. 66.

<sup>1918</sup> Também denominada *reserva do juiz, do tribunal ou da jurisdição – Richtsvorbehalt* (monopólio ou reserva de juiz).

<sup>1919</sup> Paulo RANGEL, *Reserva de jurisdição*, p. 61.

<sup>1920</sup> Paulo RANGEL, *Reserva de jurisdição*, p. 63.

<sup>1921</sup> Paulo RANGEL *Reserva de jurisdição*, p. 64.

<sup>1922</sup> A função jurisdicional “prossegue o interesse público de realização da justiça (...) da solução conforme à ordem jurídica vigente”. ASCENSÃO, José de Oliveira, “A Reserva Constitucional de Jurisdição”, in *O Direito*, vols. II e III [Separata], Ano 123.º, 1991, p. 467.

<sup>1923</sup> Assim, em casos de fronteira, o Tribunal Constitucional, recorrendo a um critério material de distinção das funções administrativa e jurisdicional, decide em favor da segunda. Maria da Assunção A. Esteves – *Estudos de Direito Constitucional*, 131..

propósito. No seu Ac. n.º 568/98<sup>1924</sup>, defende-se inequivocamente que “[o] artigo 202.º da Constituição consagra expressamente o princípio da reserva da função jurisdicional ou reserva de juiz (*Richtervorbehalt*) ou seja a impossibilidade de outros órgãos (políticos, administrativos ou legislativos, nomeadamente) exercerem essa competência jurisdicional”<sup>1925</sup>. Ou seja, apenas os tribunais podem praticar actos de natureza jurisdicional. Desta forma, os actos praticados por órgãos não jurisdicionais – e, portanto, também pelo notário –, antes da intervenção do tribunal, nos casos da reserva relativa de jurisdição, não poderão assumir carácter jurisdicional<sup>1926</sup> e apenas a actividade de controlo exercida *a posteriori* pelo tribunal revestirá esta natureza<sup>1927</sup>.

Ora, como sabemos, no contexto da partilha são levadas a cabo diversas operações, e nem todas convocam a resolução de uma “questão de direito” que exija a prolação de uma decisão judicial. Nesta sede, especificamente, interessa-nos averiguar da natureza dos actos que a determinação do crédito compensatório implica. De facto, a figura consagrada no n.º 2 do artigo 1676.º do CCiv exige que o decisor aprecie a existência dos seus pressupostos, calcule o seu montante e determine o modo do seu cumprimento. Estes momentos desembocam na pronúncia de uma decisão que impõe uma obrigação de pagamento a um dos cônjuges, em benefício do outro. Sendo esta questão controvertida, dificilmente poderemos deixar de classificar este dizer autoritário do direito como um acto de natureza jurisdicional<sup>1928</sup>. Isto significa que teria de ser entregue ao juiz. No entanto, o RJPI determina que o notário resolva definitivamente as questões decididas no confronto do cabeça de casal ou dos demais interessados mencionados no artigo 4.º do RJPI<sup>1929</sup>.

---

<sup>1924</sup> Ac. TC n.º 568/98 (Relator: Cons. Luís Nunes de Almeida) Proc. nº 86/96 (<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19980568.html>)

<sup>1925</sup> “O ordenamento constitucional pressupõe e postula (mesmo positivamente) uma reserva total e quase total de jurisdição”. Paulo RANGEL, *Reserva de jurisdição*, p. 69.

<sup>1926</sup> Admite-se que órgãos não jurisdicionais pratiquem actos, ainda que de conteúdo decisório, desde que não sejam materialmente jurisdicionais. Cf. Ac. TC n.º 144/2006 (Relator: Conselheiro Vítor Gomes), Processo n.º 1096/2004 (<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20060144.html>)

<sup>1927</sup> Nuno de Lemos Jorge, *Função do Notário e Função do Juiz*, 128.

<sup>1928</sup> Uma das situações a implicar a classificação de actos materialmente jurisdicionais serão as acções de verificação positiva de dívidas contra a vontade dos interessados (Artigo 39.º RJPI). Nuno de Lemos Jorge, *Função do Notário e Função do Juiz*, 127. Por identidade de razão, parece ser de tratar o reconhecimento do crédito compensatório como tal.

<sup>1929</sup> Isto, “desde que tenham sido regularmente admitidos a intervir no procedimento que precede a decisão, salvo se for expressamente ressalvado o direito às acções competentes” (Artigo 17.º, n. 1, RJPI).

Para além da questão da conformidade das exigências constitucionais de reserva de jurisdição com o carácter da competência notarial, podemos questionar-nos ainda a outro nível acerca dos meios de que o notário dispõe para levar a cabo a incumbência que lhe foi atribuída por lei. A verdade é que, se for o notário a tomar para si – como será a regra – o encargo desta decisão, teremos de averiguar se os poderes em sede probatória de que este efectivamente dispõe serão adequados. De facto, nesta decisão, como em outras no âmbito do processo de inventário, o notário assumirá uma função muito próxima da do juiz quanto à admissão e ponderação da prova<sup>1930</sup>. E, assim, poderá equacionar-se em que termos existirá um “dever de cooperação para a descoberta da verdade” com os contornos do do artigo 417.º do Código de Processo Civil e com que meios o notário o poderá fazer cumprir<sup>1931</sup>. É um problema de que o RJPI não trata especificamente, justificando-se aqui, porventura, fazer funcionar a remissão do artigo 82.º do RJPI para as normas do Código de Processo Civil, enquanto legislação subsidiária<sup>1932</sup>.

Ora, o instrumento do artigo 1676.º, n.º 2, do CCiv foi pensado para responder apenas aos casos mais flagrantes e, portanto, mais fáceis de provar<sup>1933</sup>. Só pode emergir da articulação de pressupostos caracterizados superlativamente (contribuição *consideravelmente* superior; renúncia de forma *excessiva* à satisfação dos seus interesses; prejuízos patrimoniais *importantes*). A prova destes pressupostos terá de ser feita pelo interessado, enquanto factos constitutivos do seu direito, de acordo com as regras gerais do processo<sup>1934</sup>, mas não recai sobre ele o ónus de provar que não renunciou ao direito à compensação, que era necessária face à presunção que caracterizava a figura antecessora do artigo 1676.º. Mas estamos também cientes de que, quando burilada, no âmbito da Lei n.º 61/2008, a figura do crédito compensatório contava com o enquadramento judicial do processo da partilha, que atribuía ao juiz o poder de a determinar e que, no quadro das suas competências e prerrogativas, tinha meios para responder a uma eventual complexidade acrescida. É certo que o regime do inventário prevê que o notário

---

<sup>1930</sup> É uma apreciação realizada por LEMOS JORGE, para quem, quando o notário tem, “designadamente, que proferir decisão sobre incidentes, ele terá uma função em tudo semelhante à do juiz no processo civil, no que toca à admissão e ponderação da prova”. Nuno de Lemos Jorge, *Função do Notário e Função do Juiz*, 130.

<sup>1931</sup> Nuno de Lemos Jorge, *Função do Notário e Função do Juiz*, 130.

<sup>1932</sup> Para tal será necessário concluirmos estar perante uma verdadeira lacuna. PAIVA, Eduardo de Sousa, p. 108: 82.º RJPI – Só é permitido o recurso ao regime constante do Código de Processo Civil e respectiva legislação complementar a título subsidiário, “em tudo o que não esteja especialmente regulado”.

<sup>1933</sup> Guilherme de Oliveira, *A Nova Lei do Divórcio*, 19.

<sup>1934</sup> Guilherme de Oliveira, *A Nova Lei do Divórcio*, 19.

possa remeter para os meios comuns as questões que, devido à natureza ou complexidade, não devem ser decididas neste processo (artigo 16.º, n.º 1, e 17.º, n.º 2, do RJPI). Ora, parece que a determinação do crédito compensatório será uma destas questões<sup>1935</sup>. De facto, detectámos já as exigências que a determinação do preenchimento dos pressupostos do crédito compensatório<sup>1936</sup> pode envolver e os diversos elementos que devem ser articulados entre si, tendo em vista a determinação do montante<sup>1937</sup>. Parece, assim, tendo em conta não só a complexidade (também probatória) que impende sobre a determinação da matéria de facto, mas também a que resulte da matéria de direito<sup>1938</sup>, que o tratamento do crédito compensatório justificará as mais das vezes a remissão pelo notário para os meios comuns. Na verdade, os tribunais são dotados dos meios necessários a preservar as “garantias das partes” (artigo 17.º, n.º 2, do RJPI).

Será que estas possibilidades de remissão para os meios comuns significam que estamos perante um “sistema mitigado”, um sistema que permita preservar a intenção legislativa de desjudicialização do processo de inventário, conciliando-a com as exigências constitucionais da reserva absoluta de jurisdição?<sup>1939</sup>

Não parece que as vias de comunicação com o tribunal tenham sido pensadas ou venham sequer a desempenhar este papel de assegurar a conformidade com o princípio plasmado no artigo 202.º da CRP. Na verdade, a remessa para os meios comuns não terá sido acalentada pelo legislador. Assume antes um carácter excepcional, por ir ao arrepio do princípio da celeridade processual<sup>1940</sup>.

E nem sequer se poderá sustentar que esta remessa terá sido querida em todas as situações em que haja um “conflito de interesses”. Na verdade, o legislador tomou determinadas opções em termos de regime – nomeadamente, ao permitir a produção de prova testemunhal no processo de inventário – que denotam a intenção de revestir o notário do poder de decisão relativamente às questões suscitadas no âmbito deste processo, que se considerarão “definitivamente resolvidas” (artigo

<sup>1935</sup> Também neste sentido, Tomé d’Almeida Ramião, *O Divórcio e Questões Conexas*, 120.

<sup>1936</sup> Ver Cap. I, A.

<sup>1937</sup> Ver Cap. II, A.

<sup>1938</sup> Ver Cap. II, A.

<sup>1939</sup> É a hipótese avançada por Maria João Gonçalves. Maria João Gonçalves, *O novo regime*. 144. “A definição destas questões terá de permitir conciliar a intenção do legislador de desjudicializar o processo de inventário, com a necessidade de assegurar a conformidade da lei com o princípio constitucional de da reserva do juiz (art. 202.º CRP).

<sup>1940</sup> Eduardo Sousa Paiva; Helena Cabrita, *Manual do processo de inventário*, 90.

17.º, n.º 1, do RJPI)<sup>1941</sup>. Assim, o notário terá oportunidade de determinar o crédito compensatório, tomando-se posição, em princípio, no despacho sobre a forma da partilha (artigo 57.º do RJPI). É certo que, também relativamente a esta decisão, existe a possibilidade de convocar a intervenção judicial. Na verdade, podemos assistir à impugnação do despacho determinativo da partilha para o tribunal de primeira instância (artigo 57.º, n.º 4, do RJPI). E encontramos outro momento de controlo judicial *a posteriori* na homologação judicial da partilha (artigo 66.º do RJPI<sup>1942</sup>).

Sabemos, no entanto, que, relativamente a actos de natureza jurisdicional, o nosso ordenamento jurídico não se basta com “reserva de segunda palavra”, exigindo que seja o juiz a praticá-los. Deste modo, nem a opção deixada nas mãos do notário de remeter para os meios comuns, nem o controlo *a posteriori* das decisões deste resolve, assim, o problema da reserva de jurisdição. Na verdade, a função que o notário vem assumir no âmbito do processo de inventário – e de forma vinculada na determinação do crédito compensatório – afasta-se da que tradicionalmente lhe está reservada nos termos do seu Estatuto<sup>1943</sup>, nos termos dos quais lhe cabe conferir fé pública ou autenticidade aos documentos escritos e assegurar o seu arquivamento (artigo 1.º, n.os 1 e 2, do Estatuto do Notariado). Não estamos, assim, perante um órgão jurisdicional<sup>1944</sup>, ao qual compita dirimir conflitos de interesses de acordo com o direito. Assim, não obstante a competência técnica do notariado e as garantias de independência e imparcialidade que enquadram a sua actuação, estas não são totalmente equiparáveis às que assistem aos tribunais<sup>1945</sup>, adstritos a pautar a sua actuação por critérios jurídicos, nos termos do artigo 205.º da CRP, em ordem a prosseguir o interesse da boa administração da justiça<sup>1946,1947</sup>.

<sup>1941</sup> Neste sentido, ver Maria João Gonçalves, p. 145.

<sup>1942</sup> Eduardo de Sousa Paiva, p. 114.

<sup>1943</sup> Nuno de Lemos Jorge, *Função do Notário e Função do Juiz*, 128.

<sup>1944</sup> Cf. sobre as diferenças entre a função judicial e a “função notarial”, Rafael Gómez-Ferrer Sapiña, “Ejercicio de la jurisdicción voluntaria por el notario”, in *Revista Jurídica del Notariado*, n. II extraordinario, 1993., p. 106 ss. Na Doutrina portuguesa, reconhece-se a proximidade das funções do notariado com a jurisdição voluntária. João de Castro Mendes, *Direito Processual Civil*, vol. I, 87.

<sup>1945</sup> Sobre a independência dos tribunais na jurisprudência constitucional, vide Ac. TC 443/91, in *Acórdãos do Tribunal Constitucional*, vol. 20, p. 490. Acerca dos conceitos de independência objectiva e subjectiva, vide António Castanheira Neves, O Instituto dos “Assentos”, 101-118.

<sup>1946</sup> Sobre estas características da jurisdição, vide, José de Oliveira ASCENSÃO, *A Reserva Constitucional*, 467.

<sup>1947</sup> Note-se que, nem no modelo actual, enquanto profissional liberal, nem mesmo no modelo anterior, enquanto funcionário público, poderíamos fazer esta equiparação. Cf. Decreto-lei n.º 146/2000, de 18 de Julho, em especial os artigos 3.º e 4.º, al. i) e 16.º, e Decreto-lei n.º 87/2001, especialmente os artigos 3.º, 3 al. g) e 16.º - os actos do notário estão sujeitos, em parte, a algum controlo por parte do Governo.



#### **4. Bifurcação processual da determinação do crédito compensatório**

O processo de partilha foi eleito pela lei como o meio adequado do ponto de vista adjectivo para fazer valer o crédito compensatório, o que não teria de ser necessariamente assim, dada a natureza do instituto. Na verdade, não se trata de fazer funcionar as regras de regimes de bens, que operam independentemente da situação concreta, mas de compensar o cônjuge que mais contribuiu para os encargos da vida familiar, pelos prejuízos patrimoniais que sofreu em função dos comportamentos contributivos assumidos. Este juízo, aliás, terá também de ser efectuado da mesma forma para o crédito compensatório que surge no âmbito de um casamento em regime de separação de bens. Assim, nada há no crédito compensatório que o situe necessariamente no contexto da partilha, porque nada é próprio e exclusivo da liquidação e divisão do património comum. Terá pesado para o legislador, porventura, o facto de, como defendemos *supra*<sup>1948</sup>, o resultado da liquidação do regime de bens ser relevante para a determinação do montante do crédito.<sup>1949</sup>

Deste modo, poderia existir uma solução processual única para o tratamento do crédito compensatório em qualquer regime de bens, que poderia passar por uma acção autónoma ou pela sua determinação no âmbito do processo de divórcio, como é comum nas figuras próximas de outros ordenamentos jurídicos<sup>1950</sup>.

Não foi essa, todavia, a solução adoptada. E, assim, assistiremos a uma bifurcação do ponto de vista processual (ou procedimental), consoante estejamos perante um casamento regido por um regime de comunhão ou por um regime de separação.

#### **5. Determinação do crédito compensatório no regime de separação de bens**

---

<sup>1948</sup> Cf. Cap.II A,

<sup>1949</sup> Como Rita Lobo Xavier, também reconhece. Rita Lobo Xavier, *Recentes Alterações*, 55.

<sup>1950</sup> A *compensación* espanhola resolve-se no próprio processo de divórcio, na sentença ou no *convénio regulador*, Gil Miqueo, *El convenio regulador*, 357-359.

### 5.1. ENQUADRAMENTO PROCESSUAL DA DETERMINAÇÃO DO CRÉDITO COMPENSATÓRIO NO REGIME DE SEPARAÇÃO DE BENS

Nos casamentos em que vigorou o regime de separação, a lei (artigo 1676.º, n.º 3, *in fine*) e a lógica (a ausência de um património comum a partilhar) não nos permitem situar processualmente a determinação do crédito compensatório no âmbito da partilha. Daí que, na ausência de indicação legal precisa, tenhamos de averiguar qual o *iter* processual a seguir.

No divórcio por mútuo consentimento administrativo, não parece haver oportunidade para fazer submeter o crédito compensatório à apreciação do conservador do registo civil. Na verdade, nenhum dos acordos previstos no artigo 1775.º acolhe a figura do crédito compensatório<sup>1951</sup>. Deste modo, terá de ser requerido em processo autónomo, em acção declarativa comum, na sequência do divórcio por mútuo consentimento (artigos 548.º e 552.º do CPCiv)<sup>1952</sup>.

Nos casos de divórcio judicial, este enquadramento processual será, aliás, também possível quando, tendo sido judicialmente decretado o divórcio, um cônjuge venha mais tarde requerer o crédito compensatório.

Em momento anterior, quando o divórcio corre no tribunal (seja na modalidade de mútuo consentimento ou sem consentimento do outro cônjuge) há ainda que admitir a hipótese de se apresentar *requerimento autónomo* pedindo a determinação da compensação do artigo 1676.º, n.º 2<sup>1953</sup>. Por fim, RITA LOBO XAVIER admite ainda a hipótese de o crédito compensatório ser requerido conjuntamente com o pedido de fixação de alimentos<sup>1954</sup>. Percebemos já a diversidade de pressupostos que subjaz a cada uma destas consequências do divórcio, mas também a ligação entre estas. Na verdade, só estaremos em condições de determinar a situação de necessidade do alimentando e mesmo as possibilidades do alimentante uma vez supridos os prejuízos que o crédito compensatório visa aplacar. Daí a conveniência de um tratamento processual conjunto destas duas questões.

---

<sup>1951</sup> Já que neste regime o da partilha não terá lugar.

<sup>1952</sup> Rita Lobo Xavier, *Recentes Alterações*, 54, e Cristina M. Araújo Dias, *Uma Análise do Novo Regime*, 77.

<sup>1953</sup> LOBO XAVIER também admite esta hipótese. Rita Lobo Xavier, *Recentes Alterações*, 54.

<sup>1954</sup> Rita Lobo Xavier, *Recentes Alterações*, 54.

## 5.2. ADEQUAÇÃO DO PROCESSO JUDICIAL À DETERMINAÇÃO DO CRÉDITO COMPENSATÓRIO NO REGIME DE SEPARAÇÃO DE BENS

A inserção processual da determinação do crédito compensatório no âmbito do regime de separação de bens não enfrenta os obstáculos e as dúvidas do seu tratamento no contexto da partilha. Na verdade, naqueles casos estaremos perante um processo judicial, conduzido por um juiz, no exercício da sua função jurisdicional e munido de todas as garantias que lhe estão associadas. Há que olhar para esta solução com agrado porque, como já tivemos oportunidade de referir<sup>1955</sup>, à partida será nos regimes de separação de bens que se produzem prejuízos patrimoniais mais profundos e, portanto, serão os mais aptos a justificar o crédito compensatório<sup>1956</sup>. Mas também serão estas as situações em que o desequilíbrio é mais evidente, portanto de prova mais fácil, que beneficiarão do facto de serem apreciadas no contexto de um processo judicial, seguindo as regras gerais do processo<sup>1957</sup>.

Assim, impõe-se a ambos os ex-cônjuges o dever geral de cooperação para a descoberta da verdade (artigo 417.º do Código de Processo Civil)<sup>1958</sup>. Só haverá uma recusa legítima por parte destes nos casos do n.º 3 deste artigo, sendo que o conceito de “intromissão na vida privada ou familiar” não pode aqui ser interpretado com muita largueza, sob pena de não se poderem obter as informações relevantes para o funcionamento do instrumento. Não existe entre nós um meio de os ex-cônjuges se furtarem à revelação de determinadas informações patrimoniais relevantes para determinar os instrumentos compensatórios pós-divórcio, como o que foi criado pela *case law* inglesa e comumente designado *Millionaire’s defence*<sup>1959</sup>.

---

<sup>1955</sup> Cf. Cap. II, A.

<sup>1956</sup> Apesar da menor complexidade que advém de não existir necessidade de ponderar os efeitos compensatórios dos regimes comunitaristas.

<sup>1957</sup> Guilherme de Oliveira, *A Nova Lei do Divórcio*, 19.

<sup>1958</sup> No ordenamento jurídico espanhol é no próprio processo de separação ou divórcio que se estabelece a regra de que o requerente deve trazer ao processo os documentos de que disponha que permitam avaliar a situação económica dos cônjuges e caso seja necessário, dos filhos, tal como declarações de rendimentos, recibos de pagamento, certificados bancários, títulos de propriedade ou certificados de registo (Art. 770 (1.º) Ley de Enjuiciamiento Civil).

<sup>1959</sup> A dispensa de revelação de dados desta natureza, ao arpejo da regra de *full and frank disclosure* que implicaria a revelação na íntegra da composição do património e rendimentos dos cônjuges, passou a ser permitida neste ordenamento com base no caso de 1985 *Thyssen-Bornemisza v. Thyssen-Bornemisza. A Millionaire’s defence* – hoje contestada – permitiria que um cônjuge seja dispensado daquela obrigação se declarar sob juramento ter possibilidade de cumprir todas as medidas compensatórias ordenadas pelo tribunal. Na verdade, se em *J v. V (Disclosure: Offshore Corporations)* [2001]1 FLR 1042, se manteve a posição de que existem situações nas quais pode ser apropriado libertar o cônjuge da sua obrigação de revelação, em virtude dos custos que pode assumir (*Rebecca Probert, Cretney and Probert’s*

Entre nós, o tribunal tem ainda, a coberto do princípio do inquisitório<sup>1960</sup>, o poder para investigar todos os factos relevantes para a causa, realizando ou ordenando todas as diligências necessárias para apurar a verdade (artigo 411.º do Código do Processo Civil)<sup>1961</sup>. E ainda, em caso de recusa de cooperação, terá ao seu dispor a possibilidade de condenar em multa ou recorrer aos “meios coercitivos que forem possíveis”<sup>1962</sup>, tendo liberdade para apreciar o valor da recusa para efeitos probatórios (artigo 417.º, n.º 2, do Código de Processo Civil).

### 5.3. DETERMINAÇÃO PELOS CÔNJUGES DO DIREITO AO CRÉDITO COMPENSATÓRIO – EXTENSÃO E LIMITES

Percebemos já que o acordo entre os cônjuges pode ser a via de determinação do crédito compensatório. Interessa agora perceber o que pode ser regulado no exercício da autonomia da vontade destes e em que momento. Na verdade, sabemos já onde podemos encontrar o acordo no curso processual do divórcio ou posteriormente, mas há também que equacionar a possibilidade de uma regulação anterior ao divórcio ou mesmo em momento anterior ao casamento.

Assim, perguntamo-nos se, em convenção antenupcial, os nubentes podem dispor acerca do crédito compensatório, designadamente renunciando a ele. Não nos parece que tal seja possível, na medida em que a alínea b) do n.º 1 do artigo 1699.º não admite que, no âmbito da liberdade, que é concedida nesta sede, se pactue a alteração dos direitos conjugais. Poder-se-á, no entanto, pensar na mera regulamentação deste crédito (forma de pagamento ou métodos de cálculo) e aí

---

*Family Law*, 201) em data mais recente, no caso *McFarlane v McFarlane* e no caso *Parlour v Parlour* [2004]EWCA Civ 872, Lord Thorpe decidiu no sentido de que esta prática de dispensa deveria ser terminada. Considerando a *Millionaire's defence* uma “prática passada”, v. Nigel Lowe; Gillian Douglas, *Bromley's Family Law*, , 987 e 988.

<sup>1960</sup> J. P. Remédio Marques, *Acção Declarativa*, 206.

<sup>1961</sup> Aliás, o tribunal pode, nomeadamente, em qualquer estado de processo determinar a comparência pessoal das partes para prestação de depoimentos, informações ou esclarecimentos sobre factos que interessam a causa, nos termos do artigo 452.º CPCiv.

<sup>1962</sup> Este é, aliás, um expediente processual comum. Veja-se, por exemplo, o artigo 329.2 da Ley de Enjuiciamiento Civil espanhola, segundo o qual, no caso de recusa injustificada, o tribunal “poderá formular uma requisição (...) para os documentos cuja exibição se solicitou sejam trazidos ao processo, quando assim o aconselhem as características dos ditos documentos, as outras provas apresentadas, o conteúdo das pretensões formuladas pelo requerente e as declarações para as fundamentar.”

parece-nos que a lei não obstará ao pacto, nem em momento anterior, em convenção antenupcial, nem no curso do casamento<sup>1963</sup>.

Ainda no curso do casamento, interessa-nos determinar o valor a conceder a comportamentos ou declarações dos cônjuges relativamente a este direito, nomeadamente no sentido de o afastar. Ora, também aqui nos parece que devemos analisar a possibilidade de uma renúncia global com reservas.

A doutrina que se ocupa do artigo 165 do ZGB tem entendido quer relativamente à colaboração na actividade do cônjuge, quer relativamente a contribuições com património e rendimento, que não pode haver renúncia com antecedência a eventuais contribuições futuras. Um acordo desse tipo seria considerado excessivo (*übermäßige Bindung*) face à lei suíça (artigo 27 do ZGB). Admite-se, todavia, a renúncia a um direito já existente ou a sua fixação por acordo posterior<sup>1964</sup>.

As figuras compensatórias que encontramos no espaço espanhol são tratadas com maior liberdade. Na verdade, a *compensación* pode ser alvo de estipulações antes e depois do casamento, que podem ocupar-se de matérias mais circunscritas como o montante, mas também se admite a renúncia a esta por acordo<sup>1965</sup>. E o Código Civil da Catalunha (artigo 237-7) consagra a possibilidade de serem elaborados pactos, nos quais se preveja o aumento, a redução ou mesmo a exclusão do pagamento da compensação por trabalho do artigo 231-20<sup>1966</sup>.

A verdade é que, durante o casamento e em atenção à comunidade conjugal, o cônjuge que mais contribui pode adoptar comportamentos que denunciem que não pretende fazer valer o seu direito ao crédito compensatório. Todavia, devemos usar de especial exigência no reconhecimento desses comportamentos. Na verdade, o normal funcionamento do casamento implicará, na maior parte dos casos, que o cônjuge contribua sem pretender reclamar esta compensação, até porque a representação que fará da sua vida conjugal não contará, por regra, com a

---

<sup>1963</sup> Nem a tal se oporia o princípio da imutabilidade do artigo 1714.º e o constrangimento que este criaria para uma eventual alteração futura.

<sup>1964</sup> H. Hausheer, *Berner Kommentar*, 267, 268 e 272.

<sup>1965</sup> Nieto Alonso, Efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio, 554 e F. Díez-Picazo e A. Gullón, *Sistema de Derecho Civil*, 126, quanto à *compensación* considera a renúncia válida, em virtude da natureza dispositiva.

<sup>1966</sup> Añoveros Terradas justifica que a compensação por trabalho doméstico da Catalunha não é preceito de natureza imperativa, nem pertence ao regime matrimonial primário, daí que seja admissível a renúncia. Añoveros Terradas, *Compensación económica*, 9 ss.

antecipação do seu fim. Para além disso, existe uma desproporcionada distribuição entre géneros, que pesa sobre as mulheres, destas contribuições e dos comportamentos demonstrativos do seu carácter de liberalidade, que implica que se prescindia do direito à compensação correspondente. Mas, como notou GUILHERME DE OLIVEIRA, é essa “normalidade que se torna suspeita, esta espécie de inevitabilidade da renúncia que a mulher tem de encarar, ao contrário do marido”<sup>1967</sup>.

Pensamos, todavia, e dissemo-lo já<sup>1968</sup>, que a alteração legislativa operada em 2008 no âmbito da “compensação” do n.º 2 do artigo 1676.º, com o abandono da presunção de renúncia, representa um “juízo do legislador sobre a normalidade da vida conjugal”. E, assim, não podemos atribuir a uma atitude generalizada de despojamento e de generosa recusa o significado de uma renúncia global ao crédito compensatório. Na verdade, a admitir a possibilidade de renúncia, esta terá de ser específica relativamente aos prejuízos sofridos em virtude de uma particular contribuição, portanto, especial para cada caso.

Duvidamos, todavia, que esta posição no sentido de afastar o carácter vinculativo de tal acordo se mantenha depois da separação de facto. Na verdade, neste momento há já uma determinada cristalização da situação de facto que dá origem ao crédito compensatório e, adicionalmente, já é possível que os cônjuges perspetivem a sua actuação em função deste afastamento. O receio do ascendente de um cônjuge sobre o outro encontra-se também esbatido, uma vez que já não existe uma normal relação conjugal a sustentá-lo.

A intenção de liberalidade subjacente a tal renúncia dificulta a distinção relativamente à doação. Esta dificuldade foi também sentida – e terá pesado na consagração legislativa do afastamento da compensação pela *Zuvilleistung* do § 1360b do BGB<sup>1969</sup>. No contexto da figura suíça do artigo 165 do ZGB, HAUSHEER argumenta, no que diz respeito às situações de colaboração da actividade profissional, industrial ou comercial do cônjuge (*Mitarbeit*), que, ainda que os cônjuges não tenham acordado uma remuneração, também não vêm na sua acção

---

<sup>1967</sup> Guilherme de Oliveira, *Dois numa só carne*, 10.

<sup>1968</sup> Cf. Cap. I, A.

<sup>1969</sup> A contribuição devida raramente está fixada com precisão. No caso de prestações excessivas (*überschüssigen Leistungen*), particularmente no caso de despesas adicionais ordinárias e presentes ocasionais em ocasiões específicas, que dizem respeito ao dever de contribuição no sentido lato, a delimitação relativamente à doação é difícil. Weber-Monecke, Beatrix, § 1360b, *Münchener Kommentar*, 334.

qualquer doação e esperam, aquando da dissolução, depois do casamento, receber o seu quinhão devido<sup>1970</sup>.

Na esteira de HAUSHEER, parece-nos que o reconhecimento de uma doação não deve ser tomado de ânimo leve, já que contradiz a repartição de encargos considerada como adequada pelo legislador. Além disso, há que acautelar a situação de um cônjuge ceder, de forma demasiado simples, a “uma força sempre latente no sentido de renunciar a direitos legítimos contra o outro para o bem da paz conjugal”<sup>1971</sup>.

Por fim, o facto de se pretender furtar as consequências de determinadas contribuições a receber cobertura do ponto de vista do crédito compensatório do artigo 1676.º pode significar que já recebem compensação noutra quadro jurídico: a colaboração na actividade profissional ou industrial do cônjuge é desenvolvida ao abrigo de um contrato de trabalho ou de sociedade ou os bens foram facultados no quadro de contrato de empréstimo, por exemplo<sup>1972</sup>. Para além disso, qualquer pagamento espontâneo *a título compensatório* durante o casamento não pode ser considerado o pagamento *do crédito compensatório*. De facto, este só é determinável quando termina o casamento. Poderá e deverá, todavia, ser considerado para efeito de cálculo do montante.

Ainda durante o casamento, e quanto à forma de determinação do crédito compensatório pelos cônjuges, há que questionar acerca do seu posicionamento em contrato-promessa de partilha. Na verdade, considerámos que o acordo relativo à partilha (na pendência de processo de divórcio e na sequência deste) seria adequado para incluir o crédito compensatório, em virtude do enquadramento processual que a lei expressamente faz.

Ora, o contrato-promessa de partilha foi inicialmente uma figura mal recebida e objecto de grande contestação nos tribunais (com uma fundamentação que se prendia com a violação do princípio da imutabilidade)<sup>1973</sup>, mas, na sequência de um progressivo acolhimento, quer pela doutrina<sup>1974</sup>, quer pela jurisprudência<sup>1975</sup>, há que

---

<sup>1970</sup> H. Hausheer, Berner Kommentar, 267

<sup>1971</sup> Neste sentido, H. Hausheer, Berner Kommentar, 267

<sup>1972</sup> H. Hausheer, Berner Kommentar, 272 e 273.

<sup>1973</sup> Para uma análise destes argumentos, ver Esperança Pereira Mealha, *Acordos Conjugais*, 94ss.

<sup>1974</sup> Cf. Miguel Teixeira de Sousa, O regime Jurídico do Divórcio, 25, M. Rita Aranha da Gama Lobo Xavier, *Contrato-promessa de partilha*, 157 e ss. e *Limites à Autonomia Privada*, 272 e ss., Guilherme de Oliveira, *Sobre o Contrato-*

equacionar a hipótese da sua elaboração, também para regular o problema que nos ocupa.

Parece que aqui se aplicam também as considerações que tecemos previamente. Temos, todavia, de admitir que se estabeleça uma relação mais estreita com a partilha. Assim se, por exemplo, os cônjuges pretenderem convencionar o afastamento da regra da metade como forma de responder ao crédito compensatório, não parece que tal fosse admissível, quer por se encontrar em contradição com o artigo 1730.º, quer por poder configurar uma doação de bens comuns, que o artigo 1764.º, n.º 1, também rejeita<sup>1976</sup>.

No âmbito do contrato-promessa de partilha, algumas limitações que se apontam a este instrumento na definição da partilha propriamente dita dirigem-se, por razões análogas, à determinação do crédito compensatório. Assim, um instrumento que fixe as soluções num momento muito distanciado da partilha não poderá ser mais do que uma mera previsão, uma vez que as circunstâncias que definem o crédito compensatório são mutáveis ao longo do percurso de vida em comum<sup>1977</sup>.

Após a dissolução do casamento, vimos já a possibilidade de se regular esta matéria por acordo. A partir deste momento, a liberdade dos (ex-)cônjuges adquire uma nova dimensão, porque não limitada pelo regime matrimonial.

Neste contexto, não se porão entraves à renúncia ao crédito compensatório. Para além disso, este terá de ser pedido, não se assistindo à sua determinação *ex officio*. Assim, fica na disponibilidade do seu eventual credor requerê-lo ou não o fazer. No caso de estarmos perante um casamento regido pelo regime da comunhão de adquiridos, tal pedido terá de ser feito no âmbito da partilha. Se o regime for o da separação de bens, tendo em conta que será necessária uma acção autónoma, nada parece impedir que este cônjuge o venha a fazer após o decretamento judicial do divórcio. No entanto, somos de crer que este pedido estará aqui limitado pelo prazo

---

*promessa de partilha*, 259, F. M. Pereira Coelho, Guilherme de Oliveira; *Curso*, 445 e ss., e Esperança Mealha, *Acordos Conjugais*, 86.

<sup>1975</sup> Para uma análise do acolhimento desde 1999 pelo STJ, v. Esperança Pereira Mealha, *Acordos Conjugais*, 83 e 84 e 97 e 98.

<sup>1976</sup> Neste sentido, PEREIRA COELHO e OLIVEIRA consideram que o afastamento da regra da metade poderia ser considerado doação de bens comuns, vedada pelo 1764.º, 1. F. M. Pereira Coelho, Guilherme de Oliveira; *Curso*, 447.

<sup>1977</sup> Esperança Pereira Mealha, *Acordos Conjugais*, 121.



de prescrição, que deve contar-se a partir do trânsito em julgado da decisão (notarial ou judicial) que decretou o divórcio. Na verdade, como vimos, se existe um regime especial para os casamentos em comunhão, nos casos de separação de bens, não podemos deixar de nos sujeitar às regras gerais. Nos casos de regime de separação de bens, não há partilha e fará sentido que o prazo de prescrição corra só a partir do momento do divórcio (artigo 306.º, n.º 1).

PARTE B

# Obrigaçã de alimentos



## 1. Determinação dos alimentos no divórcio por mútuo consentimento

### 1.1. DIVÓRCIO POR MÚTUO CONSENTIMENTO ADMINISTRATIVO

A determinação dos alimentos segue diferentes percursos, consoante as modalidades e a sede processual do próprio divórcio.

Se estivermos perante o divórcio por mútuo consentimento e a via favorecida pela lei – a administrativa –, os alimentos pós-divórcio, a existirem, serão objecto de acordo entre os cônjuges. Na verdade, esta matéria é objecto de um dos acordos complementares obrigatórios do divórcio requerido na conservatória do registo civil (artigo 1775.º, n.º 1, alínea c))<sup>1978</sup>. Será uma daquelas matérias cuja solução urge encontrar – trata-se de prover à subsistência do cônjuge necessitado<sup>1979</sup>. O facto de também serem exigidos os acordos relativos à atribuição da casa de morada de família e ao exercício das responsabilidades parentais contribui, sem dúvida, para formar um quadro das reais necessidades do requerente<sup>1980</sup>. Todavia, um tratamento conclusivo e um juízo plenamente informado acerca dos alimentos de que um cônjuge necessita e que o outro pode pagar seria beneficiado pela exigência da apresentação de um acordo sobre a partilha neste momento processual. Ora, apesar de este ser possível, não é obrigatório (artigo 1775.º, n.º 1, alínea a))<sup>1981</sup>. Assim, fica fragilizada a possibilidade de obter um acordo dotado de maior consistência e assente numa apreciação global e concertada de todas as consequências do divórcio<sup>1982</sup>.

Não nos esqueçamos também de que, inserido no acordo relativo à partilha, deveria estar previsto também o eventual crédito compensatório do artigo 1676.º, n.º 2. Ora, o facto de aquele acordo, também com este seu componente, poder ser

---

<sup>1978</sup> A possibilidade de regular por acordo as matérias relativas aos alimentos pós-divórcio está prevista no Princípio 2:10 Principles of European Family Law Regarding Divorce and Maintenance Between Former Spouses da CEFL, que a admitem com muita largueza. Katharina Boele-Woelki et al., *Principles of European Family Law*, 125.

<sup>1979</sup> Aquilo que for fixado em acordo, também quanto aos alimentos, valerá, salvo outra coisa resulte, dos documentos apresentados período da pendência do processo como ao período posterior (artigo 1775.º, n.º 2).

<sup>1980</sup> Pense-se nos elementos relevantes para o cálculo do montante (artigo 2016.º-A, n. 1), entre os quais figuram “o tempo que terão de dedicar, eventualmente, à criação de filhos comuns” e “todas as circunstâncias que influam sobre as necessidades do cônjuge que recebe os alimentos”, sendo que a habitação é uma das categorias mais relevantes.

<sup>1981</sup> Cf. Cap. IV, A.

<sup>1982</sup> A Doutrina portuguesa, aliás, tem vindo a depor a favor deste acordo. Cf., entre outros, Rita Lobo Xavier, *Recentes Alterações*, 19 e 28, nota 32.

diferido para momento posterior inverte aquela que deveria ser a ordem lógica de determinação das consequências pós-divórcio. Na verdade, só podemos verdadeiramente aferir da necessidade do alimentando (e, em segundo plano, das possibilidades do alimentante) depois de serem colmatados os “prejuízos patrimoniais importantes” a que o crédito compensatório se dirige.

O acordo sobre os alimentos pós-divórcio poderá ser elaborado pelos próprios cônjuges, mas, também, a pedido destes, pelo conservador ou pelos oficiais de registo, nos termos do artigo 272.º, n.º 2, do CRegCiv. Interessa questionar se, do ponto de vista do conteúdo, a origem diferente destes acordos se traduzirá em soluções muito diversas. Na verdade, na tese inicial de MNOOKIN e KORNHAUSER, sustentou-se que as negociações entre os cônjuges no processo de divórcio seriam conduzidas “à sombra da lei”<sup>1983</sup>. No entanto, mais tarde tais suposições vieram a ser infirmadas, pelo facto de, na realidade norte-americana, a maior parte das famílias não recorrer a advogado e os seus membros levarem a cabo a negociação entre si, com relativa ignorância ou indiferença pela lei<sup>1984</sup>. Entre nós, apesar de o ponto de partida do acordo elaborado pelo conservador ou pelos oficiais de registo serem as indicações legais e o mesmo não acontecer necessariamente quando são os cônjuges a trazer o acordo para a conservatória, certo é que o controlo pelo conservador *a posteriori* não pode deixar de introduzir o prumo legal no equilíbrio de interesses aí plasmado.

O facto de não se apresentar um, alguns ou a totalidade dos acordos complementares – inclusivamente o de alimentos – ou de, tendo sido apresentados, não terem sofridos as alterações, quando instados, de forma a acautelar de forma adequada os interesses dos cônjuges, não obsta hoje a que o divórcio siga a via do mútuo consentimento (artigos 1776.º e 1776.º-A, n.º 4). Na verdade, apesar de o regime anterior a 2008 fazer depender o deferimento do pedido de divórcio não só da vontade comum de dissolver o casamento mas também da apresentação dos acordos exigidos por lei, a lei actual liberta os cônjuges desta obrigação. Obsta, todavia, a que se siga a via administrativa. E, assim, a questão central do divórcio e as acessórias tratadas nos acordos complementares terão de ser decididas no tribunal,

---

<sup>1983</sup> Mnookin, Robert H.; Kornhauser, Lewis Bargaining in the Shadow of the Law, 950-997.

<sup>1984</sup> V. Carl E. Schneider, Afterword: Elite Principles, 499, que refere que, sendo a maioria dos casos de divórcio decididos por acordo, o que os juízes fazem é mais marginal do que se pensa.

ou porque o requerimento foi feito aqui *ab initio* ou porque se remeteu para esta sede em virtude da recusa de homologação de acordo obrigatório (artigo 1778.º).

### 1.2. DIVÓRCIO POR MÚTUO CONSENTIMENTO JUDICIAL

No caso de o divórcio por mútuo consentimento seguir a via judicial, nem por isso o tribunal competente, a secção de família e menores<sup>1985</sup>, abandona o ensejo de obter ou de valorizar o acordo dos cônjuges sobre as matérias exigidas e, aqui em particular, sobre os alimentos (artigo 1778.º-A, n.º 6, do CCiv e artigo 931.º, n.º 2 do CPCiv)<sup>1986</sup>. Assim, um acordo sobre esta matéria que seja apresentado (artigo 994.º, n.º 1, alínea d) do CPCiv) será objecto de apreciação por parte do juiz, que convidará os cônjuges a alterá-lo se não acautelar os seus interesses (artigo 1778.º-A, n.º 2). Mas, não sendo possível obter um acordo que respeite este equilíbrio, “o juiz fixa as consequências do divórcio nas questões referidas no n.º 1 do artigo 1775.º (...) como se se tratasse de um divórcio sem o consentimento de um dos cônjuges” (artigo 1778.º-A, n.º 3).

Esta é uma das disposições introduzidas pela Lei n.º 61/2008 que suscitaram maiores dúvidas, que aliás não foram resolvidas pela posterior reforma do Código de Processo Civil. Na verdade, os artigos 994.º e ss. da actual codificação processual persistem em não nos indicar o modo como o juiz, no divórcio por mútuo consentimento, fixará as consequências deste “como se se tratasse de um divórcio sem consentimento de um dos cônjuges”. De facto, nesta modalidade de divórcio, tais consequências não são decididas no âmbito deste processo, mas autonomamente.

Será de admitir que, se o divórcio por mútuo consentimento for requerido no tribunal, as partes formulem na petição inicial o pedido de fixação das consequências do divórcio, incluindo os alimentos se não chegarem a acordo quanto

---

<sup>1985</sup> Artigo 122.º, Lei da Organização do Sistema Judiciário (Lei 62/2013, de 26 de Agosto) – LOSJ.

<sup>1986</sup> LOBO XAVIER demonstra, todavia, algum cepticismo relativamente a esta solução, pois considera que na maior parte dos casos, a tarefa de obter este acordo não terá condições para ser bem sucedida, já que os cônjuges vêm a tribuna precisamente porque não conseguiram chegar a acordo em alguma consequências do divórcio, ou porque algum dos acordos obtidos não foi aprovado pelo Conservador ou pelo magistrado do Ministério Público (art. 1778.º-A, n. 1 e 1778.º CC). Rita Lobo Xavier, *Recentes Alterações*, 17 e 18.

a estes (artigo 555.º, n.º 2, do CPCiv). Assim, terão de alegar os factos convenientes e apresentar prova<sup>1987</sup>.

Todavia, nas situações em que o divórcio não teve início como divórcio por mútuo consentimento judicial (ou porque houve devolução da competência para o tribunal do divórcio iniciado na conservatória do registo civil ou porque houve convoção do divórcio sem consentimento em divórcio por mútuo consentimento), a tramitação processual a seguir será mais dificilmente perceptível.

Já foi avançado que a esta definição judicial das consequências do divórcio se aplicarão os princípios da jurisdição voluntária (artigos 986.º e ss. do CPCiv), uma vez que encontramos o processo de divórcio por mútuo consentimento no âmbito destes procedimentos<sup>1988</sup>. E, segundo as regras aplicáveis, o “tribunal pode (...) investigar livremente os factos, coligir as provas, ordenar os inquéritos e recolher as informações convenientes” (artigo 986.º, n.º 2, do CPCiv), sem se sujeitar a critérios de legalidade estrita, e adoptando as soluções segundo critérios de oportunidade e conveniência (artigo 987.º do CPCiv). Notando a propriedade destas regras, GUILHERME DE OLIVEIRA sugeria que se fizesse um aditamento à norma do artigo 1778.º-A, n.º 4, de modo a deixar clara a sujeição às regras da jurisdição voluntária. No entanto, relativamente à determinação dos alimentos, lembra que, pelo facto de o processo respectivo seguir a acção declarativa comum<sup>1989</sup>, o seu tratamento ao abrigo da jurisdição voluntária pode ir contra as expectativas das partes quanto às garantias processuais<sup>1990</sup>.

Um outro entendimento da forma como a tramitação processual da determinação das consequências do divórcio se deve desenvolver defende a solução processual do incidente<sup>1991</sup>. E assim, nos termos dos artigos 292.º e ss. do CPCiv, o

<sup>1987</sup> Alexandra Viana Lopes, *Divórcio e Responsabilidades Parentais*, 148 e 149.

<sup>1988</sup> Tomé D’Almeida Ramião, *Divórcio e Questões Conexas*, 60-62, que ainda faz referência ao anterior Código de Processo Civil. OLIVEIRA nota que esta era, aliás, “a intenção original (não especificada) da reforma da lei”. Guilherme de Oliveira, *A Nova Lei do Divórcio*, 11.

<sup>1989</sup> Já os processos relativos ao exercício das responsabilidades parentais (arts 150.º-161.º e 174.º-180.º OTM e 1905.º e 1906.º CCiv) e à atribuição da casa de morada de família (arts. 1793.º CCiv e 990.º CPCiv) desenvolvem-se sob o signo da jurisdição voluntária.

<sup>1990</sup> Para obviar a esta dificuldade, OLIVEIRA sugeria que se admitisse a oposição à remessa do processo para tribunal e à adopção do formalismo especial e mais leve da jurisdição voluntária. Nesta eventualidade, explica, o requerimento conjunto de divórcio seria indeferido e os cônjuges poderiam recorrer à alternativa do divórcio sem consentimento de um dos cônjuges. Neste sentido, o nosso Professor propunha que a redacção do artigo 1778.º fosse alterada, de modo a que o número 2 passasse a prever “Se estiver em causa o acordo sobre a prestação de alimentos ao cônjuge que deles careça, qualquer dos cônjuges pode opor-se à remessa do processo para o tribunal, no prazo de dez dias a contar da recusa da homologação, caso em que o requerimento do divórcio é indeferido”. Guilherme de Oliveira, *A Nova Lei do Divórcio*, 12.

<sup>1991</sup> Alexandra Viana Lopes, *Divórcio e Responsabilidades Parentais*, 149.

juiz deve suscitar a dedução do incidente, pelo que cada cônjuge formulará o seu pedido, alegará os factos que integram a causa de pedir e indicará a prova<sup>1992</sup>. Esta via é, aliás, aberta pelo artigo 931.º, n.º 7, do Código de Processo Civil, que permite que o juiz fixe, por iniciativa própria ou a requerimento de alguma das partes, regimes quanto àqueles efeitos, inclusivamente quanto aos alimentos<sup>1993</sup>. São, no entanto, regimes provisórios. Para além disso, para que se aceite este fundamento normativo, há que estar perante uma situação de urgência que implique que, não sendo tomadas tais providências, sejam postos em perigo ou risco relevante os bens ou interesses que visam acautelar<sup>1994</sup>, no caso dos alimentos, a própria subsistência do cônjuge carecido destes.

Certa é a definição pelo legislador de que “o juiz pode determinar a prática dos actos e a produção de prova eventualmente necessária” (artigo 1778.º-A, n.º 4, do Código Civil), o que corresponderá a um dever de determinar os actos processuais essenciais para se conseguir apurar, com respeito pelos princípios da igualdade e do contraditório, a matéria de facto necessária à fixação das consequências do divórcio<sup>1995</sup>. E, assim, será sempre necessário que as partes aleguem os factos que integram a causa de pedir e ofereçam ou requeiram a prova pertinente<sup>1996</sup>. Deste modo, ao lado do decretamento do divórcio, o julgador deverá chegar por esta via – sem prejuízo do acordo – à determinação das suas consequências, fixando, quando se justifique, os alimentos devidos ao ex-cônjuge e estabelecendo, por regra, a modalidade de cumprimento, bem como o tempo, modo e lugar de cumprimento da obrigação alimentícia. Não parece assim que seja necessário instaurar um processo autónomo para fixar os alimentos. O legislador pretendeu que o divórcio por mútuo consentimento tratasse de forma integrada as consequências do divórcio que considera imprescindíveis. E concede ao juiz os poderes para o fazer. Se se refere ao divórcio sem consentimento do outro cônjuge, será porque, tal como nesta modalidade de divórcio, não tem de haver aqui acordo quanto a estas matérias.

---

<sup>1992</sup> Alexandra Viana Lopes, *Divórcio e Responsabilidades Parentais*, 149. Admitindo que também nesta hipótese, em face da acção comum de alimentos, se assista a uma diminuição das garantias por aplicação das regras do incidente também face à acções comuns de alimentos, Alexandra Viana Lopes sugere que em tais casos se revogue o consentimento e que se instaure acção de divórcio sem consentimento com a cumulação do pedido de alimentos. *Idem*.

<sup>1993</sup> Equacionando, face à lei processual anterior, se o legislador pretendia que lançasse mão do regime previsto no artigo 1407.º, n.º 7 do Código de Processo Civil, que previa a fixação incidental (provisória e para a pendência da acção de divórcio) da regulação do exercício das responsabilidades parentais dos filhos menores, da fixação de alimentos a cônjuge e da atribuição de casa de morada de família, António, José Fialho, *Comentário ao Acórdão*, 126.

<sup>1994</sup> António, José Fialho, *Comentário ao Acórdão*, 126, nota 19.

<sup>1995</sup> António, José Fialho, *Comentário ao Acórdão*, 133.

<sup>1996</sup> Rita Lobo Xavier, *Recentes Alterações*, 21.



## 2. Determinação dos alimentos no divórcio sem consentimento de um dos cônjuges

No caso de ser proposta acção de divórcio sem consentimento do outro cônjuge, segue-se a forma de processo especial prevista nos artigos 931.º e ss. do CPCiv. E, neste âmbito, apesar da diferente posição que ocupam, o legislador não mostrou indiferença relativamente à determinação das consequências do divórcio e, em particular, quanto à prestação alimentícia. Na verdade, prevê-se que o juiz procure obter o acordo dos cônjuges quanto aos alimentos (artigo 931.º, n.º 2, do CPCiv)<sup>1997</sup>. O novo Código de Processo Civil, aliás, manteve a solução do antigo artigo 1407.º, n.º 2, do código anterior, apesar de a referência a tal dever não figurar no Código Civil.

Não sendo possível obter tal acordo, a determinação judicial dos alimentos poderá seguir duas vias: ou estamos perante processo autónomo, totalmente independente da acção de divórcio e que pode ser intentado e decidido em momento posterior ao divórcio<sup>1998</sup>; ou podemos assistir à cumulação de pedidos da fixação de alimentos no divórcio sem consentimento (artigo 555.º, n.º 2, do CPCiv). Neste último caso, que pode inclusivamente resultar do pedido do Réu em reconvenção<sup>1999</sup>, permite-se que, no mesmo processo em que é pedida a dissolução do casamento por divórcio, seja formulado um pedido cumulativo. E, assim, em homenagem a uma ideia de simplificação e celeridade processual, evita-se que se desdobrem os processos e o requerente de alimentos não terá de propor outra acção para condenar o ex-cônjuge ao pagamento de alimentos.<sup>2000</sup> Se estivermos perante processo autónomo, a acção de alimentos seguirá a forma de acção declarativa comum (artigos 548.º do CPCiv e 2016.º e 2016.º-A do CCiv), de condenação (artigo

<sup>1997</sup> LOBO XAVIER viu no dever do juiz de promover e de tomar em conta acordo dos cônjuges do n.º 6 do artigo 1778.º-A uma orientação de carácter geral também aplicável ao divórcio sem consentimento de um dos cônjuges. Rita Lobo Xavier, *Recentes Alterações*, 19.

<sup>1998</sup> Já no âmbito do regime anterior, Nuno de Salter Cid esclarecia que a questão da prestação de alimentos a ex-cônjuge e a do destino da casa de morada de família podiam ser objecto de decisão judicial ulterior ao divórcio litigioso. Nuno de Salter Cid, *Desentendimentos conjugais*, 12.

<sup>1999</sup> Cf. artigos 932.º e 266.º, n. 2, a) CPCiv. V. Georgina Couto, *O que mudou nos processos de divórcio*, 33.

<sup>2000</sup> Face ao anterior regime do divórcio e dos alimentos pós-conjugais, Luís Miguel Lucas Pires considerava que a solução da cumulação dos pedidos então prevista no artigo 470.º, n. 2, do CPCiv era também justificada pelo facto de a concessão de alimentos estar “directamente dependente da resolução a dar ao processo de divórcio”, ou seja, da declaração de culpa que daí decorreria. Luís Miguel Lucas Pires, *Os aspectos processuais*, 49.

10.º, n.º 3, alínea b) do CPCiv), proposta na secção de família e menores (artigo 122.º, n.º1, alínea f) do LOSJ).

O tribunal deverá determinar então se se preenchem os pressupostos da obrigação alimentícia, o seu montante, o modo de cumprimento, o tempo e o lugar do seu cumprimento. Os alimentos serão assim devidos, nos termos do artigo 2006.º, desde a proposição da acção ou, estando já fixados pelo tribunal ou por acordo, desde o momento em que o devedor se constituiu em mora.

### 2.1. PEDIDO DE ALIMENTOS PROVISÓRIOS

Temos ainda de admitir neste desenho da determinação dos alimentos pós-conjugais a possibilidade de terem sido requeridos alimentos provisórios<sup>2001</sup>. Na verdade, a lei prevê em termos gerais que, enquanto não se fixarem alimentos, o tribunal pode “a requerimento do alimentando, ou oficiosamente se este for menor, conceder alimentos provisórios, que serão taxados segundo o seu prudente arbítrio” (artigo 2007.º) e a lei processual dispõe que o titular de direito a alimentos pode requerer a fixação da quantia mensal de alimentos provisórios, enquanto não houver pagamento da primeira prestação definitiva (artigo 384.º do CPCiv). Na verdade, a medida cautelar de alimentos provisórios justifica de forma particularmente intensa que a ordem jurídica proteja, “devida e antecipadamente”, situações de risco, permitindo que noutra sede se aprecie de forma segura e definitiva a questão em litígio, já que visa assegurar, pelo menos, os meios de subsistência aos interessados<sup>2002</sup>.

---

<sup>2001</sup> A lei consagra que “não há lugar, em caso algum, à restituição dos alimentos provisórios recebidos” (artigo 2007.º, n. 2.) Esta é uma solução que tem sido objecto de algumas críticas de quem considera quem confronta esta impossibilidade absoluta de devolução dos alimentos provisórios com as situações em que se venha a provar que a pretensão do requerente era manifestamente infundada (Luís Miguel Lucas Pires, *Os aspectos processuais*, 47). Já Moitinho de Almeida considerava que ser “mínimo duvidoso que, tendo alguém recebido uma determinada prestação pecuniária de outrem sem ser titular de um direito que lhe permitisse exigir aquela quantia não seja obrigado a devolvê-la”, mas impressionava-se mais com a impossibilidade de restituição dos alimentos definitivos recebidos, defendida por alguma doutrina. V. L. P. Moitinho de Almeida, *Os Alimentos no Código Civil*, 107. A favor, todavia, pronunciavam-se PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, para quem a *ratio legis* do art. 2007.º, n. 2 seria evitar que o receio de devolução obrigatória das quantias recebidas constituísse “entrave ao requerimento dos alimentos provisórios e o facto da sua restituição de uma só vez poder causar dificuldades sérias”. Pires de Lima; Antunes Varela, *Código Civil Anotado*, 588. A consagração desta regra não obsta, todavia, a que o requerente dos alimentos provisórios responda pelos danos causados com a improcedência ou caducidade da providência se tiver actuado de má-fé (artigo 387.º CPCiv).

<sup>2002</sup> António Abrantes Gerales, *Temas da Reforma*, vol. IV, 103.

Também relativamente ao curso do pedido de alimentos provisórios podemos descortinar duas vias: uma primeira, ao abrigo das regras gerais dos artigos 384.º e ss. do CPCiv<sup>2003,2004</sup>; uma segunda via, nos termos do n.º 7 do artigo 931.º do CPCiv<sup>2005,2006</sup>.

Ora, no caso de ter sido determinado um regime provisório quanto a alimentos, haverá que determinar os reflexos que esta decisão terá no âmbito dos alimentos definitivos<sup>2007</sup>. De facto, face à introdução da figura da inversão do contencioso no artigo 369.º do CPCiv, o que foi decidido em sede provisória pode hoje assumir um papel determinante. Nos termos desta norma, admite-se que, mediante requerimento<sup>2008</sup>, o juiz dispense o requerente do ónus de propor a acção principal, no caso de a matéria adquirida no procedimento cautelar se revelar suficiente para que este forme convicção segura sobre a existência do direito e a natureza da providência realizar de forma adequada a composição definitiva do litígio<sup>2009</sup>.

A solução do procedimento cautelar será, aliás, reforçada pelo facto de serem os mesmos critérios a presidir à fixação dos alimentos provisórios e dos alimentos definitivos. Na verdade se, face ao anterior Código de Processo Civil, a prestação provisória era determinada em função de um critério minimalista do que era

<sup>2003</sup> Na vigência do anterior Código de Processo Civil, LEBRE DE FREITAS considerava não existir relação de dependência jurídica entre o pedido de alimentos e o de divórcio ou de separação de pessoas e bens, uma vez que “casado ou não, vivendo em comum ou não, quem careça de alimentos sempre, em princípio os poderia exigir do cônjuge ou ex-cônjuge que os pudesse prestar. José Lebre de Freitas, *Código de Processo Civil Anotado*, vol. 2.º, 104.

<sup>2004</sup> Ainda a propósito dos anteriores artigos 399.º ss CPCiv, Luís Miguel Lucas Pires escrevia que a dependência do processo principal em que se discutia o deferimento de uma prestação de alimentos definitivos se manifestava essencialmente, em matéria de caducidade da providência. Luís Miguel Lucas Pires, p.47 e 48. Na verdade, a al. a), n.1, do art. 389.º CPCiv anterior, determinava que o procedimento cautelar de alimentos provisórios se extinguisse e, quando decretada a providência caducasse, se a acção de alimentos definitivos não fosse proposta no prazo de 30 dias a contar da data em que o deferimento da providência cautelar fosse notificada ao respectivo requerente. O actual artigo 373.º, n.º 1, al. a) CPCiv vem introduzir outra solução, embora persista na mesma dependência relativamente ao processo principal. Simplesmente agora os mencionados 30 dias contam-se a partir da “data em que lhe tiver sido notificado o trânsito em julgado da decisão que a haja ordenado”.

<sup>2005</sup> Neste caso, os alimentos provisórios podem ser requeridos pelo cônjuge necessitado, mas também pode ser o tribunal *ex officio* que os fixa. Seguindo a via dos artigos 384.º ss, só por iniciativa do alimentando serão concedidos.

<sup>2006</sup> Cf. Luís Miguel Lucas Pires, *Os aspectos processuais*, 46, referindo-se ainda ao Código de Processo Civil de 1995.

<sup>2007</sup> Note-se que, para a sua determinação, do ponto de vista probatório, como o Tribunal da Relação do Porto sublinhou, os “poderes instrutórios pelo art.1407º., n.º.7 CPC (art.931º., n.º.7 NCPC) permitem completar a prova oferecida pelas partes mas não substituí-la e só se justificam quando do circunstancialismo indiciariamente provado resultar que alguma das partes necessita de alimentos e que a outra está em condições de lhes prestar”. Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 16/1/2014 (Amaral Ferreira) (proc.º 228/13.3TMPRT-B.P1) ([www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt))

<sup>2008</sup> Nos termos da primeira parte do n.º2 do artigo 369.º CPCiv, “a dispensa prevista no número anterior pode ser requerida até ao encerramento da audiência final”, tendo em conta que no procedimento relativo aos alimentos provisórios há lugar a contraditório prévio (cf. artigo 385.º CPCiv).

<sup>2009</sup> António, José Fialho, *Guia Prático do Divórcio*, 55, e Paulo Ramos de Faria; Ana Luísa Loureiro, *Primeiras Notas Ao Novo Código De Processo Civil*, 348.

estritamente necessário para prover à subsistência do requerente<sup>2010</sup>, hoje são a necessidade do alimentando e as possibilidades do requerido, tal como nos alimentos definitivos, que ditam os alimentos a conceder, sempre segundo o critério do “prudente arbítrio”<sup>2011</sup>.

## 2.2. ALGUMAS QUESTÕES RELATIVAS À INSTRUÇÃO

As regras gerais da prova determinam que é sobre o requerente que recai o ónus da prova dos factos constitutivos do seu direito (artigo 342.º, n.º 1). Ora, as necessidades do alimentando e as possibilidades do obrigado são, geralmente, apresentadas lado a lado como pressupostos (factos constitutivos) da obrigação alimentícia. A deposição deste encargo da prova sobre os ombros do requerente tem sido, aliás, acolhida pela nossa jurisprudência<sup>2012,2013</sup>.

No entanto, percebemos já também que aqueles dois factores não desempenham o mesmo papel no seio dos alimentos pós-divórcio<sup>2014</sup>. Na verdade, são as necessidades do requerente que justificam e modelam a obrigação alimentícia. Não haverá, assim, qualquer dúvida de que será o requerente quem terá de provar os factos essenciais que demonstrem a sua necessidade (e a falta de capacidade para lhe responder total ou parcialmente). É este quem vem a juízo, pedir que lhe seja reconhecido um direito, com base no vínculo matrimonial passado<sup>2015</sup>, que é o fundamento da posição do requerido como potencial obrigado.

<sup>2010</sup> V. Artigo 399.º, n.2 do CPCiv de 1995, que considerava que os alimentos provisórios deviam abranger “o estritamente necessário para o sustento, habitação e vestuário do requerente e também para as despesas da acção, quando o requerente não possa beneficiar do apoio judiciário”. Apesar disso, o Tribunal da Relação do Porto não deixou de se referir, em 2006, ao “padrão normal da pessoa credora”. Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 26/10/2006 (Amaral Ferreira) (proc.º 0635298) (www.dgsi.pt)

<sup>2011</sup> Luís Miguel Simões Lucas Pires, Os aspectos processuais, 46. Para Miguel Lucas Pires, já face à lei anterior defendia que quanto ao montante dos alimentos provisórios seria de aplicar as regras para a concessão das pensões definitivas (2004.º e 2005.º CC), na medida em que a formulação do art. 389.º, n. 2, CPCiv (*sic*) não divergia da do art. 2004.º CCiv. *Idem*, 47, nota 15. Não nos parece, todavia, que fosse assim. Na verdade, o art. 399.º, n. 2, do anterior CPCiv (o Autor ter-se-á referido por *lapsus calami* ao artigo 389.º CPCiv) considera que os alimentos provisórios devem abranger “o estritamente necessário” para a subsistência, enquanto o montante dos alimentos definitivos se determina em função da necessidade do requerente e das possibilidades do requerido (Artigo 2004.º CCiv) e ainda que o artigo 2003.º CCiv defina os alimentos como o que “é indispensável ao sustento, habitação e vestuário”, concluímos já que não tem de ser identificado com um padrão mínimo de subsistência.

<sup>2012</sup> Neste sentido, Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 30/05/1994 *in* CJ, III, Ano XIX, 1994, 222 e Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 28/06/1999 *in* CJ, III, Amo XXIV, 1999, 222.

<sup>2013</sup> É também a solução cara ao ordenamento jurídico italiano. Tommaso Auletta, *Diritto di Famiglia*, 240.

<sup>2014</sup> Cf. Cap. 1, B.

<sup>2015</sup> Daí ser necessário que se alegue e prove o casamento e o divórcio, também.

As possibilidades do requerido desempenham, todavia, um papel diferente no âmbito do regime alimentar. Na verdade, o *verdadeiro* pressuposto da obrigação alimentícia são as necessidades do alimentando. São estas que convocam e justificam esta obrigação, enquanto as possibilidades do devedor apenas permitem que esta se concretize. Justificar-se-ia, assim, porventura, que lhe fosse atribuído um estatuto diferente – o de facto impeditivo do direito que se invoca. Neste caso, o ónus da prova passaria a impender sobre o requerido (artigo 342.º, n.º 2, do CCiv)<sup>2016</sup>. Sabemos, porém, que, em caso de dúvida, os factos devem ser considerados como constitutivos do direito (artigo 342.º, n.º 3, do CCiv).

Já VAZ SERRA, apercebendo-se da dificuldade, se não mesmo da impossibilidade, de o autor da acção fazer prova dos recursos do requerido, defendia a solução de *lege ferenda* de considerar a impossibilidade de prestação dos alimentos como um facto impeditivo do direito daquele, que seria havida como objecção e não simples excepção<sup>2017</sup>. Assim, ao requerente caberia a prova da necessidade, mas não das possibilidades do alimentante. O ónus desta prova impenderia sobre este, que pode conhecer melhor as suas próprias possibilidades. E parte da nossa jurisprudência, apoiando-se em REMÉDIO MARQUES, tem também aceiteado que a impossibilidade (total) de o devedor prestar alimentos releva como facto impeditivo<sup>2018</sup>. Na verdade, para o Autor, a obrigação de alimentos pode ser requerida judicialmente desde que alimentando se encontre em situação de necessidade. As possibilidades do devedor relevarão, antes, em sede de extinção da obrigação, como facto impeditivo do direito ou para sustentar a alteração da obrigação alimentar já fixada<sup>2019</sup>. A nossa jurisprudência teve, aliás, já oportunidade de enveredar por esta linha no âmbito dos alimentos entre ex-cônjuges. Em 2012, o Tribunal da Relação de Évora decidiu que, feita a prova da necessidade de alimentos pela Autora, nos termos do artigo 342.º, n.º 1, do CCiv, a prova de que não pode prestar os alimentos cabe ao Réu (artigo 342.º, n.º 2, do CCiv), “por competir à parte contra quem a invocação tiver sido feita a invocação de factos impeditivos,

---

<sup>2016</sup> Manuel A. Domingues de Andrade, *Noções Fundamentais de Processo Civil*, 201.

<sup>2017</sup> Adriano P. S. Vaz Serra, *Obrigações de alimentos*, 122.

<sup>2018</sup> Acórdãos do Tribunal da Relação de Lisboa de 26-06-2007 (Abrantes Geraldês) (proc.º 5797/2007-7) ([www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)), Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 11-07-2013 (Rita Romeira) (3621/12.5TBGMR.G1) ([www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)), Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 10-11-2011 (Rita Romeira) (proc. 4483/07.0TBGMR-A.G1) ([www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)). Em sentido contrário, Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 14-04-2011 (Tomé Ramião) (proc.º 3 464/08.0TBAMD.L1-6) ([www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)). Note-se a especial incidência daquela posição nos alimentos devidos a menores.

<sup>2019</sup> J. P. Remédio Marques, *Algumas Notas*, 191.

modificativos ou extintivos do direito invocado”<sup>2020</sup>. Não sendo assim, ou seja, enveredando pela posição tradicional, de que as possibilidades do alimentante são factos constitutivos do direito a alimentos, ao requerido cabe apenas a defesa, ou por impugnação ou por excepção impeditiva.

A produção da prova em processo civil encontra-se escudada pela consagração de um dever de cooperação para descoberta da verdade no artigo 417.º do CPCiv. Este faz recair sobre todas as pessoas o dever de prestar a colaboração para aquele fim, respondendo a perguntas, sujeitando-se a inspecções e facultando aquilo que for solicitado ou praticando os actos determinados (artigos 411.º e 417.º, n.º 1 do CPCiv). É nestas normas gerais que podemos encontrar as regras relativas à prestação de informação no âmbito do processo de alimentos. Assim, pode ser solicitado às partes que apresentem declarações de rendimento ou qualquer outro documento útil<sup>2021</sup>, mas também pode recorrer a terceiros – o empregador, autoridades fiscais e Segurança Social – para obter as informações que permitam avaliar a condição económica de alimentando e obrigado<sup>2022</sup><sup>2023</sup>. Parece igualmente admissível que o tribunal recorra a juízos de natureza presuntiva – presunções judiciais – para aferir desta capacidade – por exemplo, valorizando a exteriorização do seu nível de vida<sup>2024</sup>.

É certo, porém, que, segundo as regras gerais, é possível e legítima a recusa em prestar esta cooperação, nos termos do artigo 417.º, n.º 3 do CPCiv. Dificilmente poderemos configurar neste âmbito um fundamento de recusa que se reconduza às alíneas a) (“Violação da integridade física ou moral das pessoas”) ou c) (“Violação do sigilo profissional ou de funcionários públicos, ou do segredo de Estado”) deste artigo. Quanto ao fundamento da alínea b) (“Intromissão na vida privada ou familiar, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações”), não podemos deixar de repetir as considerações que sobre ele tecemos no âmbito da determinação do crédito compensatório acerca da generosidade com que o podemos entender, sob

<sup>2020</sup> Acórdão do Tribunal da Relação de Évora de 18/10/2012 (Eduardo José Caetano Tenazinha) (proc.º 209/09.1TMFAR.E1) ([www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt))

<sup>2021</sup> Para o ordenamento jurídico italiano, enunciando as várias possibilidades, ver Tommaso Auletta, *Diritto di Famiglia*, 251.

<sup>2022</sup> V. J. P. Remédio Marques, *Acção declarativa*, 210 e 211.

<sup>2023</sup> Em Itália, o tribunal pode proceder a averiguações através da “polizia tributaria”. Tommaso Auletta, *Diritto di Famiglia*, 251.

<sup>2024</sup> V. Acórdãos do Tribunal da Relação de Lisboa de 27-03-2007 (Rui Vouga) (proc. 405/2007-1) ([www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)) e Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 16-12-2009 (João Proença) (proc.º 222/08.6TMMTS-A.P1 ([www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt))). Esta é uma possibilidade geralmente admitida também na jurisprudência italiana. Tommaso Auletta, *Diritto di Famiglia*, 251.

pena de inutilizar a obtenção das informações necessárias para a determinação da obrigação alimentícia<sup>2025</sup>.

Na falta de fundamento de legítima recusa e em caso de incumprimento do dever de cooperação para a descoberta da verdade, a lei processual determina as consequências (artigo 417.º, n.º 2, do CPCiv). Assim, assistiremos à condenação em multa do inadimplente e admite-se o recurso a outros meios coercitivos possíveis (artigo 417.º, n.º 2, 1.ª parte, do CPCiv)<sup>2026</sup>.

Para além das consequências que aquele que não coopera pode sofrer, há repercussões processuais da sua falta de colaboração. Deste modo, se o recusante for o cônjuge, o tribunal pode apreciar livremente o valor da recusa para efeitos probatórios, sem prejuízo da inversão do ónus da prova plasmado no n.º 2 do artigo 344.º do Código Civil (artigo 417.º, n.º 2, 2.ª parte, do CPCiv).

Entre nós, SINDE MONTEIRO, apoiado na categorização de MOHRENFELS, tratou dos deveres de informação que preenchem uma função de prova e que reconduzem aos artigos 573.º e ss. Para o Autor, estes deveres surgem em antecipação aos correspondentes deveres processuais e encontram fundamento teórico no princípio da boa fé<sup>2027</sup>. SINDE MONTEIRO refere-se às situações em que o pedido de informação se dirige contra o adversário da pretensão principal e considera que esta “vinculação jurídica especial” pode, entre outras, apresentar uma natureza familiar, destacando a legitimidade activa do credor de alimentos e a sua posição a respeito da situação patrimonial do devedor<sup>2028</sup>.

### **3. Determinação dos alimentos por acordo**

#### **3.1. ACORDO E DISPONIBILIDADE DOS INTERESSES EM CAUSA**

---

<sup>2025</sup> Cf. Compensação Determinação.

<sup>2026</sup> Cf. Miguel Teixeira de, *Estudos sobre o Processo Civil*, 321 ss. e José Lebre de Freitas, *Introdução ao Processo Civil*, 185 e ss.

<sup>2027</sup> MONTEIRO, Jorge Ferreira Sinde – *Responsabilidade por Conselhos, Recomendações ou Informações*, Coimbra, Almedina, 1989, 414 ss.

<sup>2028</sup> Jorge Sinde Monteiro, *Responsabilidade por Conselhos*, p. 419.

O ponto de partida da análise daquilo que pode ser regulado por acordo pelos (ex-)cônjuges encontra-se nas regras gerais do direito a alimentos e nas restrições à sua livre disponibilidade que têm em vista conceder-lhe protecção.

A lei determina que o direito a alimentos “não pode ser renunciado ou cedido” (artigo 2008.º, n.º 1)<sup>2029</sup> e que “o obrigado não pode livrar-se por meio de compensação” (artigo 2008.º, n.º 2)<sup>2030</sup>. O regime dos alimentos é, portanto, restritivo no que diz respeito aos actos de renúncia, cessão e compensação<sup>2031</sup>.

Desde logo, não se admite a forma mais radical de disposição – a renúncia<sup>2032</sup>. É certo que o interessado pode decidir não exercer o seu direito ou não pedir o pagamento das prestações vencidas (artigo 2008.º, n.º 1, *in fine*). Na verdade, os alimentos não são atribuídos automaticamente. É necessário pedi-los e fazer prova dos pressupostos em que assentam<sup>2033</sup>. Quanto às prestações que já se venceram, admitir-se-á que se renuncie a elas, uma vez que a subsistência terá sido garantida por outro meio e não joga aqui um interesse público no sentido de as exigir<sup>2034,2035</sup>. Não é esta, todavia, a solução relativa à compensação. Não só esta se encontra vedada, mas, nos termos da lei, tal restrição estende-se às prestações já vencidas (artigo 2008.º, n.º 2, *in fine*). Pretende-se com esta solução, segundo PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, em homenagem ao fim singular a que se destina a obrigação, vincar as graves consequências da sua falta de cumprimento, não permitindo que a prova de que a falta de pagamento oportuno não obsteu à sobrevivência do cônjuge abrisse a porta à compensação<sup>2036</sup>.

Estas soluções justificam-se porque a obrigação alimentar geral radica no interesse de preservação de uma vida em condições condignas que justifica este tratamento tutelar. Responde pela satisfação de necessidades irrenunciáveis e

<sup>2029</sup> Isto diz respeito aos alimentos legais, que aqui nos interessam. Na verdade, os alimentos negociais, em conformidade com o artigo 2014, n.1, regulam-se pelas normas dos artigos 2003.º ss., “desde que não estejam em oposição com a vontade manifestada”.

<sup>2030</sup> No Código de Seabra, esta disposição correspondia ao artigo 767.º, 3 Código de Seabra.

<sup>2031</sup> Na mesma linha encontramos os actos se de execução relativos a esta prestação. E assim, o artigo 2008, n. 2, estabelece a impenhorabilidade do crédito alimentar. Não é esta, todavia, uma questão que nos ocupe nesta sede.

<sup>2032</sup> Para alguns, justifica-se que essa protecção também se estenda às garantias da obrigação alimentar para o futuro, que seriam também irrenunciáveis. Adriano P. S. Vaz Serra, *Obrigação de alimentos*, 175. Em sentido contrário, MOITINHO DE ALMEIDA considera exagerada esta posição. L. P. Moitinho de Almeida, *Os Alimentos no Código Civil*, 110.

<sup>2033</sup> Maria de Nazareth Lobato de Guimarães, *Alimentos*, 193.

<sup>2034</sup> F. M. Pereira Coelho, Guilherme de Oliveira; *Curso*, 702.

<sup>2035</sup> Adriano P. S. Vaz Serra, *Obrigação de alimentos*, 175.

<sup>2036</sup> Pires de Lima; Antunes Varela, *Código Civil Anotado*, vol. V, 590.



personais do credor de alimentos e assenta no vínculo familiar (ou no pretérito vínculo conjugal, como no nosso caso), o que se traduz no seu carácter pessoal ao credor e ao devedor<sup>2037</sup>.

Fossem os anteriores actos admitidos, mormente a renúncia e a cessão, tal poderia conduzir ao resultado de, mais tarde constringido por esta necessidade, o alimentando ver o seu direito renascer e dirigi-lo ou para os outros obrigados<sup>2038</sup> ou para o primitivo credor de alimentos, que assim pagaria duas vezes<sup>2039</sup>. O alimentando que visse o obrigado livrar-se do crédito por meio de compensação veria extinguir-se esta obrigação que é eminentemente pessoal, o que poderia ter repercussões graves sobre a sua situação<sup>2040</sup>.

Por fim, o direito a alimentos é imprescritível – estão em causa as necessidades vitais do seu credor. E, assim, o seu não exercício durante o prazo de prescrição ordinária não poderá significar que não precisa deles. Os créditos relativos às prestações atrasadas não merecem este tratamento e prescrevem no prazo do artigo 310.º, alínea f) – cinco anos<sup>2041</sup>.

Face aos limites traçados pela lei, há que determinar o que pode ser regulado por acordo entre os (ex-)cônjuges e ainda se os alimentos pós-divórcio seguem o figurino do regime alimentar geral.

No ordenamento jurídico alemão, existe uma grande abertura para admitir este tipo de instrumento, à luz do princípio da liberdade contratual consagrado no § 1408 (1) do BGB. A liberdade de os cônjuges acordarem acerca dos efeitos patrimoniais do divórcio – incluindo os alimentos pós-divórcio – pode, aliás, ser exercida antes, em convenção antenupcial, depois ou durante o processo de divórcio. Admite-se a celebração de acordos vinculativos, nos termos do § 1585c do

---

<sup>2037</sup> Adriano P. S. Vaz Serra, *Obrigação de alimentos*, 175.

<sup>2038</sup> Seria o caso da cessão que poderia libertar o anterior obrigado, mas permitira ao credor de alimentos dirigir-se a um obrigado subsequente, subvertendo a ordem que a lei estabelece no artigo 2009.º em função de critérios de proximidade familiar e solidariedade, como notam PEREIRA COELHO e OLIVEIRA. Mas, para os mesmos Autores, no caso de renúncia, a lei também visa com esta proibição escudar o accionamento da responsabilidade social, tendo em conta o papel que nos modernos welfare states é acometido à comunidade de assegurar a subsistência dos seus membros. F. M. Pereira Coelho, Guilherme de Oliveira; *Curso*, 702.

<sup>2039</sup> Neste sentido, v. Adriano P. S. Vaz Serra, *Obrigação de alimentos*, 175, e F. M. Pereira Coelho, Guilherme de Oliveira; *Curso*, 702. VAZ SERRA, todavia, admitia uma excepção. Se o crédito alimentar fosse cedido para obtenção de alimentos, a cessão seria válida, uma vez que a cessão desempenharia a mesma função de assegurar a vida do credor. Adriano P. S. Vaz Serra, *Obrigação de alimentos*, 175.

<sup>2040</sup> F. M. Pereira Coelho, Guilherme de Oliveira; *Curso*, 702.

<sup>2041</sup> Adriano P. S. Vaz Serra, *Obrigação de alimentos*, 181.

BGB, que podem inclusivamente excluir os alimentos<sup>2042</sup>. Não encontramos a mesma abertura no quadro italiano. A jurisprudência deste país afasta a possibilidade de admitir o próprio acordo no momento da separação ou antes do início do processo de divórcio, porque tal seria incidir sobre o exercício de um direito indisponível<sup>2043</sup>. Ancora-se ainda no receio de que tal acordo possa influenciar a decisão de os cônjuges se divorciarem<sup>2044</sup>. Daí que tais acordos tenham sido considerados nulos<sup>2045</sup>.

É uma posição, todavia, criticada pela doutrina, para a qual, em homenagem à autonomia privada, deverá ser lícito aos cônjuges disciplinarem os seus interesses para a eventualidade de divórcio. AULETTA considera que o acordo pode desempenhar a função de regular as relações patrimoniais futuras, sem que isto implique que um cônjuge não possa opor-se, no futuro, ao pedido de divórcio proveniente do outro<sup>2046</sup>. Porém, apontam-se limites. Assim, não poderá estar em causa a renúncia a direitos indisponíveis como o direito a alimentos<sup>2047</sup>. Para além disso, o acordo entre os cônjuges não pode aspirar a disciplinar esta matéria de modo definitivo. De facto, e na medida em que estejam em causa direitos indisponíveis, sujeita a sua vigência à não alteração das circunstâncias existentes na altura da conclusão (*rebus sic standibus*)<sup>2048</sup>.

Entre nós, o acordo entre (ex-)cônjuges para determinar os alimentos devidos em caso de divórcio não é banido<sup>2049</sup> e pode até ser exigido no contexto do divórcio. Assim, o quadro de indisponibilidade traçado pela lei não obsta a que o acordo regule, nomeadamente, o seu montante e modo de prestação<sup>2050,2051</sup>. Mas os cônjuges vão mais longe e é comum que prescindam reciprocamente de alimentos pós-

---

<sup>2042</sup> Dieter Martiny, Dieter Schwab, in AA. VV., *European Family Law in Action*, vol. II, 466.

<sup>2043</sup> Tommaso Auletta, *Diritto di Famiglia*, 254 e 255.

<sup>2044</sup> Tommaso Auletta, *Diritto di Famiglia*, nota 100, 247 e 248.

<sup>2045</sup> Tommaso Auletta, *Diritto di Famiglia*, 254.

<sup>2046</sup> Tommaso Auletta, *Diritto di Famiglia*, nota 100, 247 e 248.

<sup>2047</sup> Tommaso Auletta, *Diritto di Famiglia*, 255.

<sup>2048</sup> Tommaso Auletta, *Diritto di Famiglia*, 255.

<sup>2049</sup> Pereira Coelho e Oliveira pronunciam-se pela admissibilidade de acordos entre ex-cônjuges que não seriam “mais do que um negócio jurídico entre eles, sujeito às regras gerais e ao artigo 2014.º”. F. M. Pereira Coelho, Guilherme de Oliveira; *Curso*, 695.

<sup>2050</sup> Neste sentido, Adriano P. S. Vaz Serra, *Obrigações de alimentos*, 179.

<sup>2051</sup> É a própria lei que determina no artigo 2005.º, n. 1, que a modalidade de cumprimento pode ser determinada por acordo que introduza uma excepção à regra das “prestações pecuniárias mensais”.

divórcio<sup>2052</sup>. FÁ-lo--ão, principalmente, no divórcio por mútuo consentimento nas conservatórias, em que o acordo de alimentos ao cônjuge que deles necessite figura como obrigatório. Esta prática não poderá, todavia, significar que renunciam a alimentos pós-divórcio futuros. Este tipo de acordo, por contrário à lei, estaria ferido de nulidade, nos termos gerais<sup>2053</sup>.

Neste contexto, na verdade, vale a “livre alteração futura dos acordos”. Isto porque os acordos relativos a alimentos não se encontram sujeitos ao efeito de caso julgado da decisão de divórcio<sup>2054</sup>. Alterações subsequentes dos seus pressupostos justificam a modificação dos termos acordados para a pensão alimentícia<sup>2055</sup>. E, assim, não será o facto de, por exemplo, um cônjuge ter prescindido da prestação de alimentos e de esta opção plasmada no acordo ter passado o escrutínio da autoridade competente que poderá obstar a que mais tarde venha a requerer alimentos do outro<sup>2056</sup>. Tais observações deverão valer, por maioria de razão, para acordo celebrado entre os cônjuges noutra momento<sup>2057</sup> e que não tenha sido sujeito aos controlos previstos na lei.

Todas estas considerações partem, todavia, da natureza alimentar, de índole solidarística, do direito de alimentos entre ex-cônjuges. Todavia, reconhecemos-lhes, também, pelo menos subordinadamente, notas de natureza compensatória, apesar de não plenamente desenvolvidas em termos de regime. Ora, este seria um dos pontos da regulamentação legal que justificariam a consagração de soluções diferentes consoante as funções prosseguidas pela obrigação de alimentos.

Defendemos já que o montante da prestação alimentícia pode variar também consoante a função prosseguida – assistencial, de base solidarística ou compensatória, com fundamento numa ideia de responsabilidade. Assim, no

---

<sup>2052</sup> Em 2005, PATRÃO dava nota de a prática maioritária de as partes prescindirem de alimentos reciprocamente. Afonso Patrão, *Os acordos complementares no divórcio*, 108.

<sup>2053</sup> L. P. Moitinho de Almeida, *Os Alimentos no Código Civil*, 109.

<sup>2054</sup> Afonso Patrão, *Os acordos complementares no divórcio*, 105.

<sup>2055</sup> Admitindo esta possibilidade, mesmo na ausência de alteração das circunstâncias, ver o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 23/2/2010 (Cristina Coelho) (P.20335/09.6T2SNT.L1-7) ([www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)). O Tribunal da Relação de Lisboa vem defender que “O ex-cônjuge pode vir posteriormente a pedir alimentos, sem que tenha que alegar alteração superveniente das circunstâncias, apenas tendo que alegar e provar que, no momento em que pede, está carecido de alimentos, da respectiva medida e que o outro ex-cônjuge tem possibilidades de os satisfazer”.

<sup>2056</sup> Antunes Varela, *Direito da Família*, 421. Neste sentido, ver Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 8/05/2014 (Manso Rainho) (P.2621/12.0TBCL-B.G1) ([www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)).

<sup>2057</sup> No Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 16/01/2006, CJ, 2000, 1, 204, admitiu-se a possibilidade de o montante da obrigação alimentar ser fixado em contrato-promessa (origem convencional ou legal)

primeiro caso, poderá bastar-se com um nível mínimo (ainda que condicionado pela situação social do alimentando), apesar de o obrigado a alimentos ter meios para responder por um montante superior, porque o fundamento solidarístico não sustenta um maior esforço por partes do devedor. Na segunda situação, poderão ser atingidos montantes mais elevados, dentro dos parâmetros traçados pelas necessidades do alimentando e das possibilidades do alimentante, em homenagem à vertente compensatória que se quer acautelar.

Ora, a característica da indisponibilidade, que é própria, desde logo, da obrigação alimentar geral, está ligada, como vimos, ao facto de aquela se destinar a prover à subsistência do alimentando. E esta é estabelecida ao nível da medida mínima do artigo 2003.<sup>o</sup>. Porém, esta poderá não ser a medida convocável no âmbito da obrigação alimentícia entre ex-cônjuges. Deste modo, justificar-se-ia impor a tutela concedida pelas disposições do artigo 2008.<sup>o</sup> – e as correspondentes restrições à livre disponibilidade – apenas na medida em que pusessem em causa esse nível mínimo, deixando na livre disponibilidade dos cônjuges aquilo que ultrapassasse tal medida. Na verdade, a partir dessa linha de água, seria possível a renúncia parcial, a cessão e a compensação do crédito<sup>2058</sup>.

### 3.2. CONTROLO DO ACORDO

O controlo do acordo relativo aos alimentos firmado pelos (ex-)cônjuges pode ser levado a cabo por duas entidades distintas, consoante o processo em que nos encontremos. Assim se, no divórcio por mútuo consentimento, este escrutínio é realizado pelo conservador (na via administrativa) ou pelo juiz (na via judicial), no divórcio sem consentimento, será sempre o juiz a aferir da adequação do acordado quanto aos alimentos.

A razão desta intervenção externa prender-se-á com o receio de que o ascendente de um cônjuge sobre o outro venha a traduzir-se em soluções

---

<sup>2058</sup> No sentido deste acerto, embora tomando apenas por referência a diferença do montante sem fazer referência ao seu fundamento, v. F. M. Pereira Coelho, Guilherme de Oliveira; *Curso*, 702 e 703. Em 1996, Santosuosso comenta a abertura, também na jurisprudência, para considerar a renúncia válida em atenção à natureza composta então claramente reconhecida ao *assegno di divorzio*, mas exclui-a em caso de finalidade assistencial. F. Santosuosso, *Il Divorzio*, 328 e 329. Na doutrina italiana mais recente, reconhecendo uma tendencial disponibilidade, em virtude do carácter prevalecente da função assistencial, mas admitindo espaços de autonomia, v. Giovanni Bonilini, *L'Assegno Post-Matrimoniale*, 670-671. Figone, todavia, insiste na indisponibilidade, embora reconheça alguma abertura jurisprudencial no sentido da disponibilidade. Alberto Figone, *I Contratti della Crisi Familiare*, 138.

desequilibradas ou com a possibilidade de um dos cônjuges aceitar um acordo que lhe seja desfavorável em função de outra contrapartida<sup>2059</sup>. Pense-se, por exemplo, no montante mais baixo de alimentos que é aceite em troca de uma determinada solução relativa à residência dos filhos. É certo que os argumentos que se prendem com a assimetria das posições negociais dos cônjuges têm vindo a sofrer contestação. Pense-se, entre nós, na posição de LEITE DE CAMPOS, que considera que a intervenção de um estranho, o juiz, será admissível em defesa dos interesses dos filhos, para os proteger da precipitação ou inadequada formação dos pais, mas já não relativamente aos interesses dos cônjuges, que se devem presumir como adultos e responsáveis<sup>2060</sup>. Sabemos, todavia, que, nas relações familiares em geral e na relação conjugal em particular, esta asséptica igualdade se esbate e ainda mais se estivermos perante momentos de crise. Para além disso, não é fácil distinguir verdadeiramente os interesses dos cônjuges e dos filhos nos processos de divórcio, já que uns se reflectem nos outros e são muitas vezes utilizados como moeda de troca. Pensamos, assim, que, face aos interesses em causa, continua a justificar-se este controlo externo, que culminará com a recusa ou com a homologação do acordo, em função da conformidade do que foi acordado pelos cônjuges com os seus interesses e com as exigências da lei.

A importância deste escrutínio é sentida mesmo em ordenamentos jurídicos em que a autonomia privada dos cônjuges é aceite de forma muito mais vincada. Pense-se no exemplo alemão, e na posição legal deste ordenamento, que não exige aprovação judicial do acordo (§ 1585c do BGB), mas cuja jurisprudência desenvolveu um quadro rico de vectores que enquadram este controlo por parte do tribunal. Na verdade, e apesar de não existir norma expressa que preveja a possibilidade de o tribunal afastar ou modificar os acordos dos cônjuges, em decisão de 06.02.2001, o BVerfG passou a defender este controlo, apesar do princípio da autonomia contratual do § 1408 do BGB<sup>2061</sup>. Desde então, o BGH tem vindo a desenvolver um quadro de referência do controlo de tais acordos<sup>2062</sup>. Assim, embora parta de um princípio de admissibilidade da regulação por acordo dos alimentos pós-divórcio e considere que não existe um conteúdo mínimo estanque a favor do

---

<sup>2059</sup> Neste sentido, Afonso Patrão, *Os acordos complementares no divórcio*, 110, nota 24.

<sup>2060</sup> Diogo Leite de Campos, *Lições de Direito da Família*, Em sentido contrário, Afonso Patrão, *Os acordos complementares no divórcio*, 110, nota 24.

<sup>2061</sup> BVerfG, 1 BvR 12/92, 6.2. 2001, *FamRz*, 343.

<sup>2062</sup> Para uma análise desta jurisprudência, ver Marina Wellenhofer, *Ehevertragsrechtsprechung*, especialmente 77 e 78, sobre os limites da liberdade nestes acordos.

cônjuge alimentando, conclui que tal abertura geral não se pode sagrar na violação do “intuito de protecção das normas legais”<sup>2063</sup>. Tal aconteceria no caso de um dos cônjuges ficar prejudicado com uma distribuição inaceitável e claramente parcial das consequências (desvantagens) do casamento. Para aferir deste desequilíbrio, lança-se mão do conceito de “área nuclear” (*Kernbereich*)<sup>2064</sup> do regime das consequências do divórcio. E conclui-se que este desequilíbrio é tanto mais inaceitável quanto mais as matérias reguladas se aproximam da “área nuclear”. Na verdade, o BGH elaborou um elenco hierarquizado das consequências do divórcio, para determinar a sua proximidade com a “área nuclear” (*Kernbereich*). Assim, no extremo desta ordem, onde os cônjuges estão mais sujeitos a restrições à sua autonomia privada, encontramos os alimentos para cuidar de filhos a cargo<sup>2065</sup>. Em segundo lugar, os alimentos por idade avançada e doença e o *Versorgungsausgleich*. No terceiro nível, os alimentos por desemprego e, em quarto lugar, os alimentos por razões de saúde e idade avançada. Seguem-se os alimentos para educação ou formação e alimentos pagos para suprir um nível insuficiente de rendimentos. No último nível, onde, portanto, se admite maior liberdade de conformação, estão as soluções que resultam do *Zugewinnausgleich*<sup>2066</sup>. Vemos, assim, que os alimentos pós-conjugais não ocupam uma posição em bloco e que se diferenciam em função do seu fundamento.

Este quadro de controlo substancial desenvolve-se a nível formal em dois patamares diferentes. Em primeiro lugar, leva-se a cabo um controlo de validade do acordo (*Wirksamkeitskontrolle*); subseqüentemente, procede-se a um controlo do exercício do direito (*Ausübungskontrolle*). Assim, na primeira fase, o tribunal terá de proceder a um exame do acordo do ponto de vista substancial. Cabe-lhe apurar se a regulamentação das consequências do divórcio – e, portanto, também dos alimentos – se traduz numa distribuição desequilibrada das desvantagens que seja

---

<sup>2063</sup> Nian Dethloff, *Familienrecht*, 106.

<sup>2064</sup> Marina Wellenhofer, *Ehevertragsrechtsprechung*, 84.

<sup>2065</sup> Nina Dethloff, *Familienrecht*, 106 e 107.

<sup>2066</sup> Nina Dethloff, *Familienrecht*, 106 e 107.

inaceitável para um dos cônjuges<sup>2067</sup>. Este controlo é realizado nos termos do § 138 (1) do BGB e centra-se na validade do acordo<sup>2068</sup>.

Se esta fase de controlo for ultrapassada e, portanto, o acordo for considerado válido, procede-se a um controlo do exercício (*Ausübungskontrolle*) nos termos da boa fé, “com consideração pelos usos do tráfico”, como define o § 242 do BGB<sup>2069</sup>. Assim, terá de ser avaliado se um cônjuge abusa do direito que resulta do acordo, nomeadamente se o divórcio foi requerido por si e se se afastaram efeitos do divórcio por acordo. Quanto mais próxima da “área nuclear” (*Kernbereich*) se encontrar tal consequência excluída, mais fortes deverão ser as razões que justificam o seu afastamento. No âmbito da *Ausübungskontrolle*, o tribunal pode determinar a modificação do acordo, tendo em conta as circunstâncias do casamento<sup>2070</sup>.

---

<sup>2067</sup> Tem de ser examinado se era uma distribuição díspar desde o início, desde a conclusão do acordo, para que se conclua pelo carácter contrário à moral. Isto só acontece, todavia, se o acordo atingir o *Kernbereich* sem que seja atenuado por outros benefícios, que resulte das particulares circunstâncias do casamento. Cf. Dethloff, Familienrecht, 109.

<sup>2068</sup> Pense-se no pelo Tribunal Constitucional alemão da mulher grávida que, sem ter meios de subsistência, renunciou a qualquer direito a alimentos na sequência de divórcio. O Tribunal concluiu que este acordo não era resultado de uma situação igualitária, mas da exploração da inexperiência e falta de capacidade do cônjuge, da assimetria do poder negocial dos cônjuges e, portanto, era inválido. BVerfG, 1 BvR 12/92, 6.2. 2001, *FamRz*, 343 ss. JAYME considerou o apelo que o BVerfG fez à norma do artigo 6 (4) da Grundgesetz para resolução do caso (norma que nada diz sobre a validade das convenções, mas se refere antes à protecção e assistência devidas às mães pela comunidade) um exemplo da utilização de normas “narrativas” como nota da pós-modernidade no Direito da Família. Erik Jayme, *Pós-modernismo e Direito da Família*, 218.

<sup>2069</sup> Helmut Borth, *Inhaltskontrolle von Eheverträgen*, 178.

<sup>2070</sup> Nian Dethloff, Familienrecht, 11 e 112.

CAPÍTULO V

# Modalidades de cumprimento





PARTE A

# Crédito Compensatório



## 1. Modalidades de cumprimento quanto à periodicidade

O pagamento de uma única soma parece ser a modalidade de cumprimento mais adequada à natureza que reconhecemos ao crédito compensatório. Na verdade, determinados os “prejuízos patrimoniais importantes” sofridos, de acordo com a *fattispecie* do artigo 1676.<sup>o</sup>, n.<sup>o</sup> 2, fixar-se-á o seu montante, nos termos sobre os quais discorreremos, e será essa cifra o objecto de pagamento do crédito compensatório.

A determinação de um *montante global* a ser pago pelo cônjuge devedor é cara no âmbito da constelação dos instrumentos compensatórios que encontramos em diferentes ordenamentos jurídicos. O apego a esta forma de pagamento é testemunhado pela própria história legislativa das modalidades de pagamento da *prestation compensatoire* francesa. Na verdade, quando a figura foi introduzida em 1975 para substituir a pensão alimentar, consagrou-se a regra do pagamento em capital, numa prestação. Todavia, o pagamento na forma de renda passou a ser frequentemente acordado<sup>2071</sup>, o que motivou um reforço das intenções iniciais, no sentido de reafirmar o carácter *forfaitaire* da medida e não deixar a possibilidade de recurso à renda senão excepcionalmente<sup>2072</sup>.

No âmbito da *compensación* do artigo 97 do Código Civil espanhol, todavia, não se expressa uma preferência. De facto, a modalidade de pagamento pode consistir numa prestação única, mas também numa pensão temporária ou por tempo indefinido, conforme seja determinado no *convenio regulador* ou na sentença. Já no que diz respeito à figura ibérica da compensação por trabalho doméstico, será de pagamento único. Não se estranhe, todavia, esta diferença. É que, apesar de estarmos perante dois instrumentos compensatórios, estes têm objectivos distintos. No último, tanto o que resulta da regra do artigo 1438 do Código Civil espanhol, como o consagrado na Catalunha ou em Valência, tem-se em vista compensar pelas contribuições excessivas. Já a *compensación* do artigo 97 do Código Civil espanhol visa responder ao desequilíbrio económico interconjugal que

<sup>2071</sup> Apontam-se como razões para esta prática o apego à forma de cumprimento da anterior *pension alimentaire*, a maior facilidade de gestão das somas, a falta de possibilidades financeiras dos devedores para realizarem esta prestação única e razões de natureza fiscal, que tratavam a tributação da prestação única em capital como uma doação. Malaurie, Fulchiron, La Famille, 323.

<sup>2072</sup> Nos termos do artigo 270, n. 2, do *Code Civil*, a *prestation compensatoire* assume a forma de pagamento único, cujo montante é fixado pelo juiz.

implique uma deterioração da condição de um relativamente à situação anterior ao casamento, o que melhor se compagina com os pagamentos periódicos.

Entre nós, o crédito compensatório, como cremos, não tem em vista responder ao desequilíbrio económico causado pelo divórcio, mas responder aos prejuízos patrimoniais originados por uma determinada condução da relação matrimonial. Assim, continuamos a crer que se justifica a determinação de um montante global que corresponda a estes prejuízos. Na verdade, não está em causa directamente um nivelamento das situações dos cônjuges e, muito menos, responder a uma situação de necessidade que, no âmbito dos alimentos pós-conjugais, convoca, por regra, a realização de prestações pecuniárias mensais.

Ora, o facto de existir uma determinação global deste crédito não exige necessariamente que se efectue um pagamento único. Na verdade, e não obstante as vantagens associadas à realização de uma prestação *una tantum*<sup>2073</sup>, o seu pagamento pode demonstrar-se difícil ou impossível de realizar<sup>2074</sup>. Assim, é admissível que seja realizado de forma faseada, em prestações<sup>2075</sup>.

Esta foi uma necessidade sentida no contexto da *prestation compensatoire* e traduzida quer na reforma da lei de 2000, quer na de 2004. Na verdade, para aliviar o peso do pagamento em capital, começou por se admitir o fraccionamento do pagamento em 8 anos e, em 2004, passou a prever-se a combinação de modalidades de pagamento do capital – pagamento imediato, entrega de bem ou pagamento fraccionado (artigo 275 do *Code Civil*).

Mas justificar-se-á também o pagamento sob a forma de uma *renda periódica*?

Esta possibilidade é apresentada ao lado da prestação única na compensação da lei espanhola. Embora não haja referência na lei à periodicidade, tal não tem suscitado problemas e a sua fixação em mensalidades tem sido adoptada quase sem excepções<sup>2076</sup>. Aqui, apesar de o carácter tendencialmente vitalício ter sido abandonado pela Lei 25/2005, continua a prever-se a possibilidade de substituição

---

<sup>2073</sup> Trataremos deste assunto a propósito das modalidades de cumprimento da obrigação alimentícia.

<sup>2074</sup> Mary Ann Glendon, *The Transformation of Family Law*, 200 a 201.

<sup>2075</sup> Neste sentido, Rita Lobo Xavier, *Recentes Alterações*, 59.

<sup>2076</sup> Carlos Lasarte, *Derecho de Familia*, 122.

da pensão judicialmente fixada pela constituição de uma renda vitalícia (artigo 99 do CCiv espanhol)<sup>2077</sup>.

No ordenamento jurídico francês, pelo contrário, a opção pela regra do pagamento em capital foi clara desde o início e, face à prática generalizada de optar pela exceção da renda, foi reforçada em 2004, através da reafirmação do carácter excepcional desta última forma de pagamento. Assim, suprimiu-se a possibilidade de uma renda temporária, mas admite-se, nos termos do artigo 276 do *Code Civil*, o estabelecimento de uma renda vitalícia<sup>2078</sup>. Toma-se em conta a idade e o estado de saúde do credor, que não lhe permitam prover às suas necessidades, e, portanto, introduz-se a consideração de “razões de humanidade” para o justificar<sup>2079</sup>.

Entre nós, todavia, não parecem poder valer essas razões. Na verdade, enquanto, no ordenamento jurídico francês, a *prestation compensatoire* tomou o lugar da *pension alimentaire* e, portanto, situações de necessidade flagrantes poderiam ficar sem resposta, dado que a *prestation compensatoire* visa um objectivo diverso – a compensação da disparidade das condições de vida dos cônjuges causadas pela ruptura do casamento. No ordenamento jurídico português, a situação de necessidade encontra resposta no âmbito dos alimentos pós-divórcio, não no crédito compensatório, pelo que não se justifica defender o pagamento em forma de renda com base em argumentos de ordem humanitária.

De algum modo, as opções da *ancillary relief* inglesa e galesa vão neste sentido. Na verdade, apesar da impressionante variedade de formas de pagamento na *ancillary relief*, condizente com multiplicidade de fins que pode servir, os *periodical payments* estão associados à *maintenance* (S. 23 (1) (a) e 23 (1) (b) do MCA de 1973), enquanto as finalidades compensatórias serão servidas pelo pagamento de um capital compensatório (*lump sum order*), que pode ser realizado de uma só vez, de modo a permitir o *clean break*, ou de forma fraccionada (*lump sum by instalments*)<sup>2080</sup>.

## 2. Modalidades de cumprimento quanto ao objecto

<sup>2077</sup> Carlos Lasarte, Derecho de Familia, 125.

<sup>2078</sup> Cour d’Appel d’Aix-en-Provence: Arrêt, 181.

<sup>2079</sup> Malaurie, Fulchiron, La Famille, 333.

<sup>2080</sup> Cf. S. 23 (1)(c), e 31 (7A) a (7F) do MCA1973. Rebecca Probert, Cretney and Probert’s Family Law, 191 ss.

No que diz respeito já não à periodicidade, mas ao objecto do pagamento, a modalidade-regra será a do pagamento em dinheiro. Em alguns ordenamentos, ainda que se preveja expressamente a regra da prestação pecuniária (cf. artigo 274, 1, do *Code Civil* francês e artigo 232-8, 1.ª parte, do CCiv da Catalunha), tal não obsta a que também se abra a possibilidade de realizar o pagamento de outra forma. Atente-se no artigo 99 do CCiv espanhol, que permite que, em qualquer momento, se convençione a substituição da pensão judicialmente fixada pela constituição do usufruto de determinados bens ou a entrega de um capital em bens ou dinheiro. Também na figura catalã da compensação por trabalho doméstico se admite que, por acordo por decisão judicial, a pedido de qualquer uma das partes ou dos herdeiros do devedor, se estabeleça outra forma diversa do pagamento em dinheiro. E, assim, a dívida poderá ser saldada total ou parcialmente através da entrega de bens (cf. artigo 232-8, 2.ª parte, do CCiv da Catalunha). E na *prestation compensatoire*, é possível a atribuição quer do direito de propriedade, quer de direitos, temporários ou vitalícios, de usufruto, uso e habitação em favor do credor (artigo 274, n.º 2 do *Code Civil*).

Já na *ancillary relief*, além das *lump sum orders* a que já nos referimos, o tribunal, no uso dos seus amplos poderes, pode determinar também a redistribuição de bens para prosseguir um fim compensatório. Assim, teremos as *property adjustment orders* previstas na S. 24 do MCA de 1973, que podem implicar a transferência de bens (*transfer of property orders*), a sua venda em benefício do cônjuge credor (*sale of property order*) ou a modificação de convenção matrimonial, ante ou pós-nupcial<sup>2081</sup>.

Entre nós, nada parece obstar a que o pagamento do crédito compensatório se realize de outras formas para além do pagamento em dinheiro. É certo que a modalidade que implica que se ceda a propriedade de bem do devedor poderá enfrentar a acusação, formulada no contexto do ordenamento jurídico francês, de se tratar de uma “expropriação” por utilidade privada<sup>2082</sup>. Todavia, também aqui a *Cour Constitutionnelle* se pronunciou pela conformidade com a Constituição francesa desta solução do artigo 274, n.º 2<sup>2083</sup>.

<sup>2081</sup> Rebecca Probert, Cretney and Probert’s Family Law, 289 ss e Jonathan Herring, Family Law, 222 ss.

<sup>2082</sup> Malaurie, Fulchiron, La Famille, 332.

<sup>2083</sup> Na decisão n.º 2011-151 QPC de 13 de Julho de 2011 (NOR : CSCX1119558S), o Conseil constitutionnel declarou que o n.º 2 do artigo 274 do Código Civil francês era conforme à Constituição. Note-se que a reforma de 2004 veio reiterar a

Também não podemos considerar que o facto de o crédito compensatório ser exigível no momento da partilha condiciona as modalidades de pagamento admissíveis. Na verdade, estamos perante um instituto único, que pode ser determinado em sede de partilha ou em processo autónomo, mas que se traduz sempre num crédito a ser pago por um ex-cônjuge ao outro, nos termos gerais<sup>2084</sup>.

---

regra de que se exige o acordo do devedor para atribuir a propriedade de bens que recebeu por sucessão ou doação (artigo 274, n.2, in fine, do Code Civil).

<sup>2084</sup> Quanto à questão da garantia do pagamento do crédito compensatório, esta extravasa o objecto do nosso estudo. No entanto, como Rita Lobo Xavier, bem lembra, atendendo aos baixos níveis de rendimento da população e a práticas de ocultação de elementos patrimoniais, pode temer-se pelos efeitos práticos desta figura. Rita Lobo Xavier, *Recentes Alterações*, 59.





PARTE B

# Obrigação de alimentos



## 1. Modalidades de cumprimento quanto à periodicidade

### 1.1. A REGRA DA RENDA PERIÓDICA. A ADMISSIBILIDADE DE EXCEPÇÕES.

O pagamento da pensão alimentícia através de *renda periódica* é transversal aos vários ordenamentos jurídicos que consagram alimentos pós-conjugais<sup>2085</sup> – reportando-se, muitas vezes, aliás, às normas gerais do instituto alimentar. Em princípio, esta distribuição temporal toma por referência o período de um mês e cada prestação deverá ser paga, por regra, no princípio de cada período em que vence<sup>2086</sup>.

O artigo 2005.º, n.º 1, do CCiv determina esta solução, quando aponta como regra, no âmbito das regras gerais do instituto alimentar, o pagamento de “prestações pecuniárias *mensais*” (itálico nosso). É uma solução que bem se compreende, tendo em vista que os alimentos respondem à necessidade do seu credor e a periodicidade do ingresso de recursos e de gastos das pessoas singulares costuma estar organizada mensalmente<sup>2087</sup>. Permite ainda uma mais clara resposta às modificações das situações de credor e devedor, através da alteração dos alimentos fixados, nos termos do artigo 2012.º. Por fim, oferece uma garantia de sustento mais segura, já que perdurará enquanto existir a situação de necessidade.

A periodicidade exhibe umnexo com a finalidade assistencial da obrigação de alimentos, já que tem em vista a satisfação das necessidades quotidianas do alimentado. Na verdade, as modalidades de pagamento da prestação alimentícia admitidas não representam uma escolha neutra. Pode associar-se o carácter alimentar, indemnizatório ou compensatório do instituto alimentar em cada ordenamento à preferência por uma ou outra modalidade<sup>2088</sup>.

A nossa lei, apesar de adoptar a regra da prestação periódica, admite, porém, excepções (artigo 2005.º, n.º 1, 2.ª parte, do CCiv). E, portanto, esta abertura pode traduzir-se numa diferente repartição temporal do pagamento dos alimentos.

---

<sup>2085</sup> Cf. art. 301.º do Código Civil belga, §1585 (1) BGB alemão, art. 5, § da Legge. Div. Italiana.

<sup>2086</sup> L. P. Moitinho de Almeida, *Dos alimentos*, 270.

<sup>2087</sup> É também esta a justificação dada pela CEFL para o facto de os pagamentos periódicos serem a regra da prestação alimentícia e também para o facto de ser eleito a modalidade de cumprimento regra no seu Princípio 2:5. Katharina Boele-Woelki et al., *Principles of European Family Law*, 96.

<sup>2088</sup> Testemunho desta ligação é a discussão no ordenamento jurídico belga acerca da admissibilidade do pagamento em espécie ligada ao carácter alimentar da pensão. Nathalie Dandoy, *Le lien alimentaire*, 84 e 85.

## 1.2. O PAGAMENTO DE MONTANTE ÚNICO

Ao contrário de outros ordenamentos jurídicos, em que a referência a um pagamento de montante único tem lugar na própria lei<sup>2089</sup>, o artigo 2005.º não o menciona<sup>2090</sup>. Tal não chega, todavia, para excluir esta possibilidade<sup>2091</sup>. Mas haverá que resultar da lei, de acordo das partes ou da existência de motivos justificadores, a opção por esta modalidade (artigo 2005.º, n.º 1, 2.ª parte). Será, assim, uma excepção que terá de ser adequadamente fundada – numa opção legislativa, na vontade das partes, ou em razões sérias<sup>2092</sup>.

O pagamento de um montante único não tem necessariamente de ser realizado numa só prestação. Todavia, esta modalidade representa de forma mais impressiva as vantagens, mas também corporiza os inconvenientes que se associam a esta modalidade de pagamento. O pagamento de uma só vez é associado ao *clean break*, à resolução definitiva das questões levantadas pelo divórcio, que permite o recomeço de uma “vida nova”. Na verdade, esta modalidade de cumprimento da obrigação de alimentos evita o prolongamento das relações – e dos conflitos – entre os ex-cônjuges<sup>2093</sup>, alegando-se que contribui para a prossecução do objectivo de desdramatização do divórcio, tão caro à Reforma de 2008. Para além disso, também pode contribuir para servir a outra face do *clean break* – assegurar a transição para a auto-suficiência do ex-cônjuge. Esta modalidade de pagamento é, aliás, compatível com a concepção reabilitadora dos alimentos, até porque permite investir a importância recebida, de forma a refundar os seus meios de adquirir recursos económicos<sup>2094</sup>. O Conselho da Europa, no Princípio 2 da Recomendação n. R (89) 1,

<sup>2089</sup> Por exemplo, a previsão de um *Kapitalabfindung* no §1585 (2) BGB ou do pagamento único do art. 5 §8 da Legge Div. Italiana.

<sup>2090</sup> Tommaso Auletta, *Diritto di Famiglia*, 253.

<sup>2091</sup> A propósito de uma decisão de divórcio portuguesa e da determinação do pagamento de alimentos em capital, e face à decisão da *Cour d'Appel de Versailles* que definiu também esta forma de pagamento e o seu montante, a *Cour de Cassation* teve ocasião de discutir a violação da ordem pública internacional suscitada pelo cônjuge devedor relativamente à determinação desta modalidade de pagamento e de admitir que uma “pensão alimentar” seja paga desta forma, apesar de tal não ser a regra na *pension alimentaire* francesa. *Cour de Cassation*, 1ere chambre civile, 25 septembre 2013 (pourvoi n° 12-23.380 - ecl:fr:ccass:2013:c100978): la redaction id ref. De l'article : 293964. *Revue juridique personnes & famille*, 2013, n° 12, décembre, le couple, § RJPF-2013-12/18, p. 26, brèves, note de Thierry Garé, “Loi applicable au divorce” - www.wk-rh.fr.

<sup>2092</sup> No ordenamento jurídico italiano há o controlo por parte do tribunal do ponto de vista da equidade. Tommaso Auletta, *Diritto di Famiglia*, 254.

<sup>2093</sup> *Idem* e Antonino Totaro, *Gli Effetti del Divorzio*, 1648.

<sup>2094</sup> Neste sentido, Maria João Romão Carreiro Vaz Tomé, *O Direito à Pensão*, 333 e 338.

vinha já manifestar preferência por este modo de pagamento, em consonância com a defesa que empreende da auto-suficiência e a independência dos cônjuges após a ruptura<sup>2095</sup>. A realização de prestação única tem, para além disso, a vantagem prática de diminuir os riscos de incumprimento<sup>2096</sup>.

Podemos, todavia, também encontrar desvantagens na opção por esta modalidade de pagamento. O alimentando enfrenta os inconvenientes de uma futura desvalorização monetária<sup>2097</sup>. Já o alimentante terá não só de dispor de uma quantia avultada para efectuar o pagamento<sup>2098</sup>, mas também corre o risco de ver subsequentemente a situação do alimentando alterada. Tal pode acontecer porque adveio uma modificação da situação fáctica, de modo a tornar supérflua a obrigação de alimentos. É o que acontece quando o alimentado contrai novo casamento num curto espaço de tempo. Ora, nos termos do artigo 2012.º, os alimentos são passíveis de ser alterados “se as circunstâncias determinantes da sua fixação se modificarem” e prevê-se a sua *cessação* se “o alimentado contrair novo casamento” (artigo 2019.º). Deste modo, uma obrigação satisfeita periodicamente extinguir-se-ia com as novas núpcias, já que se entenderia que as necessidades do ex-cônjuge se veriam cobertas por outra via. Acontece que o pagamento *una tantum* terá sido determinado contando com a satisfação das necessidades do credor para um determinado período – e esse período pode vir já a coincidir com o novo casamento. E assim, há que equacionar se as regras do enriquecimento sem causa não serão aqui invocáveis<sup>2099,2100</sup>.

Mas também pode dar-se uma *alteração das circunstâncias* que, após o pagamento *una tantum*, venha a criar novamente condições para um novo pedido de alimentos, porque o requerente se encontra, de novo, em situação de necessidade. É o que acontece quando o alimentado dissipa os valores recebidos e deixa, portanto, de poder fazer face às suas despesas. Ao contrário da lei italiana, não dispomos de uma norma que impeça que se faça valer nova pretensão em caso de pagamento

<sup>2095</sup> Recommendation no. R (89) 1of the committee of ministers to member states on contributions following divorce, Adopted by the Committee of Ministers on 18 January 1989at the 423rd meeting of the Ministers' Deputies)

<sup>2096</sup> Inclusivamente, para não se ter de lidar com as vicissitudes ligadas à alteração dos alimentos, em caos de alteração das circunstâncias. Tommaso Auletta, *Diritto di Famiglia*, 254.

<sup>2097</sup> Apresenta, todavia, os inconvenientes da futura desvalorização monetária para o alimentando, enquanto para o devedor, que eventualmente pagou uma soma avultada, pode ser confrontado, passado pouco tempo, com o novo casamento do alimentando (CAssazione 5.09.03, n. 12939). Veremos, todavia, as respostas possíveis em Cap. VI, B.

<sup>2098</sup> F. M. Pereira Coelho, Guilherme de Oliveira; *Curso*, 699.

<sup>2099</sup> Neste sentido, J. P. Remédio Marques, *Em torno do estatuto da pessoa idosa*, 22.

<sup>2100</sup> Cf. Cap. VI, B.

único (artigo 5, § 8, L. div.). Mas, mesmo neste contexto legislativo, apesar da clareza da lei, a natureza alimentar do *assegno* de divórcio motiva que se questione esta solução. Entre nós, a proposta de VAZ SERRA que previa a exclusão da nova exigência da prestação alimentar caso esta fosse “realizada nos termos em que o devia ser”, independentemente do uso que tivesse sido feito dela, visava esclarecer esta matéria, mas não chegou a ser acolhida no CCiv<sup>2101</sup>. Parece, então, que, na ausência de norma a afastar um novo pedido de alimentos, uma vez preenchidos os seus pressupostos e atenta a natureza essencialmente alimentar do instituto, teremos de admitir esta possibilidade. Perguntamo-nos, no entanto, se, em homenagem precisamente a este carácter alimentar, não se justificará que a nova prestação alimentícia seja pautada por uma lógica puramente solidarística, nomeadamente no que respeita à fixação do nível de necessidade relevante a que responde, uma vez que considerações de natureza compensatória já terão sido tidas em conta no primeiro pagamento.

Além do pagamento *una tantum*, também podemos assistir ao pagamento em prestações do montante único determinado. Este, apesar de ver o seu cumprimento fraccionado, não se identifica com a renda periódica, que é determinada por referência a um espaço temporal e é repetidamente paga enquanto subsistir a obrigação alimentícia. Ora, o montante único, quer seja pago numa só prestação ou em várias, é determinado de forma unitária. Tal não obsta, porém, a que a fixação deste montante único seja feita por referência aos valores da pensão periódica, devidamente *actualizados*, que o credor de alimentos previsivelmente receberia e ao espaço temporal a que aquela se estenderia.

## 2. Modalidades de cumprimento quanto ao objecto

### 2.1. A REGRA DA PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA. A ADMISSIBILIDADE DE EXCEPÇÕES.

Atendendo ao critério do objecto, a regra será o pagamento de uma soma pecuniária. A lei determina que os alimentos sejam “fixados em prestações pecuniárias” (artigo 2005.º, n.º 1). Assim sendo, e tendo em conta a sua normal

<sup>2101</sup> Adriano P. S. Vaz Serra, *Obrigação de alimentos*, 154. Na proposta de VAZ SERRA, tratava-se ainda da possibilidade de as coisas prestadas perecerem sem culpa do alimentando, admitindo-se, neste caso, a exigência de nova prestação. Adriano P. S. Vaz Serra, *Obrigação de alimentos*, 153 e 154.

associação à periodicidade (a lei refere-se a “prestações pecuniárias *mensais*”), desempenharia uma importante função, no âmbito desta forma de pagamento, o estabelecimento de critérios de actualização, inclusivamente de actualização automática, pelo menos com referência aos índices de desvalorização da moeda<sup>2102</sup>.

Todavia, como já vimos, a segunda parte do artigo 2005.º, n.º 1, admite excepções ao figurino favorito do legislador, também do ponto de vista do objecto. Na verdade, não é estranho à obrigação de alimentos, o seu pagamento “ou em dinheiro ou em espécies de fructos”<sup>2103</sup>. Desde logo, há que admitir que o alimentado obtenha os recursos necessários para fazer face às suas necessidades através de meios como a constituição a seu favor de um direito de usufruto sobre um bem do obrigado ou o depósito de valores produtivos<sup>2104</sup>.

Pode avançar-se igualmente com a possibilidade de optar por um contrato de renda vitalícia como modalidade de pagamento. Entre nós, VAZ TOMÉ admite esta hipótese, que ancora ainda na regra do n.º 1 do artigo 2005.º <sup>2105</sup>. De facto, a figura prevista no artigo 1238.º permite que o alimentante, ao alienar a terceiro, uma soma, bem ou direito, para que este fique obrigado a pagar alimentos ao alimentado durante a sua vida, e garante não só o cumprimento da obrigação alimentícia, como permite, através da interposição de um terceiro, o corte das relações entre ex-cônjuges<sup>2106</sup>.

## 2.2. A EXCEPÇÃO DA PRESTAÇÃO DE ALIMENTOS EM CASA E COMPANHIA DO DEVEDOR

A única modalidade de pagamento alternativa expressamente prevista na lei é a prestação de alimentos *em casa e companhia* do devedor (artigo 2005.º, n.º 2)<sup>2107</sup>.

<sup>2102</sup> Como é a regra em Itália, como veremos. Cf. Cap. VI, B.

<sup>2103</sup> É a formulação do assento de 9 de Abril de 1772, v. Manoel de Almeida e Souza de Lobão, Tractado das obrigações, 22.

<sup>2104</sup> Na jurisprudência belga, também já se avançou que, pelo menos parcialmente, a prestação pudesse ser feita através do pagamento de dívidas comuns, por exemplo de empréstimo para compra de imóvel indiviso, até ao momento da partilha do valor resultante da venda do imóvel. No sentido da admissibilidade desta forma de pagamentos, v. Nathalie Dandoy, *Le lien alimentaire*, 83.

<sup>2105</sup> Maria João Romão Carreiro Vaz Tomé, *O Direito à Pensão*, 349.

<sup>2106</sup> Sobre a classificação das figuras nesta esfera e o seu carácter necessariamente aleatório, v. Andrea Fusaro, *Autonomia Privata e Manutenimento*, 125 ss.

<sup>2107</sup> Já assim era no artigo 183.º do Código de Seabra, e passou para o artigo 2005.º do actual Código Civil.



Abre-se esta via quando o “obrigado aos alimentos mostrar que os não pode prestar como pensão”, mas apenas desta forma. É, todavia, apenas uma possibilidade. Na verdade, para que sejam decretados alimentos com esta configuração, não basta que o obrigado o requeira. Terá também de justificar a sua impossibilidade de os prestar “como pensão”<sup>2108</sup>, tal como é previsto na lei, mas também, parece-nos, segundo qualquer uma das outras modalidades admissíveis. Na verdade, o cumprimento dos alimentos *em casa e companhia* do devedor deverá ser uma medida de *ultima ratio*, pelas implicações de natureza pessoal tanto na esfera do credor, como do devedor. É certo que esta solução teria logo de ser afastada no caso de não existirem boas relações entre o devedor e o alimentado<sup>2109</sup>. Mas a exigência deverá ser maior. Na verdade, serão postas em causa tanto a intimidade da vida privada e familiar como a liberdade de conformação da vida quotidiana tanto do obrigado como do próprio alimentado<sup>2110</sup>. É certo que, do lado do devedor, PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA não encontram aqui um problema de monta, já que a escolha caberá, em princípio, a este<sup>2111</sup>. Do lado do alimentado, não podemos deixar de dizer, com MOITINHO DE ALMEIDA, que o “alimentante a quem seja concedido prestar alimentos em sua casa e companhia não pode, fundado na sentença que tal decide, exigir que o alimentando vá para a sua companhia”<sup>2112</sup>. Mas, ainda assim, este último pode ser pressionado a aceitar uma situação que pode ser atentatória dos seus direitos fundamentais, e portanto, deverá ser deixado ao *prudente arbítrio* do decisor a apreciação de todas as razões que desaconselhem o seu deferimento<sup>2113</sup>.

No que diz respeito aos alimentos pós-conjugais, no entanto, não parece sequer que se deva considerar admissível esta alternativa avançada pela lei. Na verdade, se existe divórcio, tal implica que cesse a comunhão de vida entre os cônjuges. Se um dos cônjuges se sente em situação que motive que se peça alimentos, não se pode pretender que retome a comunhão de habitação, de forma a

---

<sup>2108</sup> L. P. Moitinho de Almeida, *Dos alimentos*, 102 e 270.

<sup>2109</sup> A propósito do cumprimento do dever de alimentos recebendo o alimentando em casa e na companhia do prestador de alimentos, PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA defendem que, havendo mau relacionamento pessoal entre o obrigado a alimentos e o credor, tal pode afastar esta solução. Todavia, não encontram aqui um problema de monta já que a escolha caberá, em princípio, ao devedor. Os Autores consideram ainda que, mesmo nos casos em que este tipo de cumprimento resultasse de decisão da autoridade judiciária, o Tribunal não o faria arbitrariamente e teria sempre em conta as circunstâncias do caso. Pires de Lima; Antunes Varela, *Código Civil Anotado*, vol. IV, 584.

<sup>2110</sup> Tivemos já oportunidade de nos pronunciar a este respeito em Paula Távora Vítor, O dever familiar de cuidar dos mais velhos, 53 e 53. Ver também Nieves Martínez Rodríguez, “Los mayores como beneficiários, 129 e 130.

<sup>2111</sup> Pires de Lima; Antunes Varela, *Código Civil Anotado*, vol. IV, 584.

<sup>2112</sup> L. P. Moitinho de Almeida, *Dos alimentos*, 102 e 270.

<sup>2113</sup> L. P. Moitinho de Almeida, *Dos alimentos*, 270.

garantir o seu sustento. Dir-se-á que também nada impede que os ex-cônjuges, por iniciativa própria, retomem a vida em comum. Poderá ser assim, mas, então, outras figuras deverão abrigar esta forma de convivência – a união de facto ou a vida em economia comum. Ora, nestes casos, haverá, de facto, partilha de recursos, mas não o cumprimento de um dever de alimentos ou de manutenção e dificilmente poderemos encaixar com coerência pela situação vivida uma obrigação de alimentos entre ex-cônjuges.

### 3. Decisão pelas excepções

As modalidades de cumprimento da obrigação alimentícia – e, portanto, também a opção por uma das excepções à regra das “prestações pecuniárias mensais” – podem ser objecto de acordo ou decididas em processo judicial.

No caso de acordo entre alimentante e alimentado, este estará sujeito ao escrutínio do conservador ou do juiz<sup>2114</sup>, consoante a inserção processual da determinação dos alimentos. No caso de determinação judicial, o decisor terá de fundar o afastamento do regime-regra na existência de disposição legal ou na ocorrência de “motivos que justifiquem medidas de excepção” (artigo 2005.º, n.º 1). Tais motivos variarão em função do desvio à regra pretendido. Assim, a opção pela determinação de montante único e pagamento *una tantum* poderá fundar-se no risco de o obrigado, que dispuser dos recursos necessários para fazer face àquele pagamento, vir mais tarde a dissipá-los<sup>2115</sup>. Já a opção pelo cumprimento da obrigação de outro modo que não uma prestação pecuniária terá na sua base o facto de o devedor não dispor dos valores requeridos em dinheiro, mas ser titular de outros bens ou valores.

A regra do cumprimento em “prestações periódicas mensais” está associada, do ponto de vista prático, como vimos, à normal organização das despesas das pessoas singulares. No entanto, a nossa Doutrina também identifica o interesse do obrigado como motivador desta solução. Assim, para VAZ SERRA, não é o alimentando, em princípio, quem pode exigir que a obrigação alimentar seja cumprida de forma diversa da regra, já que isto poderia prejudicar o obrigado, mas é

---

<sup>2114</sup> Também no sentido do controlo, com fundamento na equidade, por parte do tribunal, v. art. 5, §8 Legge div.

<sup>2115</sup> Maria João Romão Carreiro Vaz Tomé, *O Direito à Pensão*, 338.

este quem pode requerer, fundadamente, aquele diferente modo de satisfazer os alimentos devidos<sup>2116</sup>. Não nos parece, todavia, que possamos excluir a possibilidade do credor requerer a fixação do cumprimento dos alimentos em termos diversos da regra<sup>2117</sup>. Na verdade, tal como vimos, este desvio nas formas de pagamento serve interesses do obrigado, mas também do alimentado. Ambos podem ter interesse no *clean break*, para ambos pode ser vantajoso que um bem seja dado em usufruto, por exemplo, e, portanto, a ponderação dos interesses de ambos deverá estar presente nesta decisão<sup>2118</sup>. Assim, será necessário que esta opção seja adequadamente fundamentada, sirva um interesse sério e não comporte um sacrifício excessivo para o obrigado, não se impondo a regra do *favor debitoris*<sup>2119</sup>.

---

<sup>2116</sup> Adriano P. S. Vaz Serra, *Obrigação de alimentos*, 148 e ss.

<sup>2117</sup> Também neste sentido, Maria João Romão Carreiro Vaz Tomé, *O Direito à Pensão*, 332 e 333.

<sup>2118</sup> Ver o exemplo da doutrina alemã, do alimentado que pretende, recorrendo ao pagamento único dos alimentos, montar o seu próprio negócio. Helmut Büttner, Johanssen/Henrich *Familienrecht*, 546.

<sup>2119</sup> J. P. Remédio Marques, *Em torno do estatuto da pessoa idosa*, 22.

CAPÍTULO VI

# Alteração e cessação



PARTE A

# Crédito Compensatório



## 1. Alteração e cessação – breve nota

Uma vez determinado o crédito compensatório do artigo 1676.º, n.º 2, fixados o seu montante e o seu modo de cumprimento, nos termos de que tratámos, será sujeito ao regime geral das obrigações. Assim, as suas causas de extinção são as causas de extinção das obrigações. Nada o distingue de um crédito de direito comum<sup>2120</sup>. Na verdade, ao contrário da obrigação de alimentos, não Nina Dethloff, *Familienrecht*, 106 e 107.o se trata de responder a uma situação de necessidade, em função dos recursos do devedor, e acompanhar quer as vicissitudes desses dois elementos, quer outros factores que ponham em causa a prestação de solidariedade de um ex-cônjuge relativamente ao outro. E também não se justifica a sua alteração à imagem do que sucede na obrigação alimentícia, em função de factores que lhe são estranhos – a necessidade do credor e as possibilidades do devedor. Na verdade, o crédito compensatório reporta-se a uma situação do passado e cristaliza-se na sua determinação, nos termos gerais.

Poder-se-á avançar que tal não acontece em todas as figuras compensatórias que têm vindo a acompanhar e servir de referência neste estudo. As soluções enquadradas nas diferentes *orders* do direito inglês podem ser modificadas em função de alteração das circunstâncias relativas à posição do credor ou do devedor, a pedido de um ou de outro (S. 31 do MCA de 1973)<sup>2121</sup>. Na *prestation compensatoire* francesa, é possível pedir-se a revisão do modo de pagamento por “alteração importante da situação” e, excepcionalmente, o juiz pode decidir que este se faça ultrapassando o prazo máximo de oito anos que é a regra para o pagamento fraccionado da *prestation* (artigo 275 do *Code Civil*). No caso de ser paga na forma de renda, pode ser revista, suspensa ou suprimida em caso de alteração importante dos recursos ou das necessidades de um ou de outro (artigo 276-3 do *Code Civil*). Na compensação do artigo 97 do Código Civil espanhol, pode haver actualização se se operarem “modificações substanciais” na fortuna do outro cônjuge (artigo 100 do Código Civil espanhol) e assistimos à sua cessação quando se extingue a causa que a motivou (artigo 101 do Código Civil espanhol).

Conseguimos perceber, todavia, estas soluções e justificar a sua diferença face ao crédito compensatório. Na verdade, em todas estas figuras, que se apresentam

---

<sup>2120</sup> Nathalie Dandoy et al., *Les justifications de la prestation compensatoire*, s/p.

<sup>2121</sup> J. Herring, *Family Law*, 271ss.



como compensatórias, não temos espécimes tão puros como o crédito compensatório português. Na verdade, a S. 25 do MCA de 1973, que sustenta as medidas inglesas, faz constar tanto a necessidade como os recursos das partes como circunstâncias a considerar na definição daquelas (S. 25 (2) (a) e (b) do MCA de 1973). A *prestation compensatoire* é fixada segundo as necessidades do credor e os recursos do devedor, no momento do divórcio e atendendo à sua evolução previsível (artigo 271 do *Code Civil*) e a *compensación* espanhola, embora não radique naquela situação, incorpora como elementos de determinação “o caudal e os meios económicos e as necessidades de um e outro cônjuge” (artigo 97, 8.º do Código Civil espanhol). Este chão comum com as obrigações alimentícias é o que faz perceber que surjam formas de cessação próximas das que são tradicionalmente previstas para aquela. Assim, mesmo que não pareçam quadrar com a finalidade compensatória que exibem, há tendência para mimetizar o seu regime, que pretenderam negar, mas que não conseguiram apagar totalmente. Para além disso, no caso de se optar pelo pagamento em forma de renda periódica, há oportunidade para a adaptar à alteração das circunstâncias que a modelaram.

Na eventualidade de morte, estas duas figuras compensatórias já pretendem destacar-se da solução comum em contexto alimentar e reclamar espaço próprio<sup>2122</sup>. Contudo, só o fazem no que diz respeito à morte do devedor. Nesse caso, são os sucessores quem responde pela pensão, *grosso modo*, dentro dos limites das forças da herança<sup>2123</sup>. Ora, em relação ao crédito compensatório, caso estejamos perante a morte quer do credor quer do devedor, vamos dar-lhe o tratamento de qualquer outra dívida que se integra do lado do activo ou do passivo da herança, respectivamente.

No seio de instrumentos compensatórios, também é concedida relevância a novas relações do credor, à semelhança das soluções comuns no contexto de alimentos. Assim, na *compensación* espanhola, extingue-se em caso de novo casamento ou vida marital com outra pessoa (artigo 101 do Código Civil espanhol). Nos *compensatory payments* do ALI, também se prevê a cessação na eventualidade

---

<sup>2122</sup> Os *compensatory payments* propostos pelo ALI têm todavia, uma aproximação mais tradicional à cessação. Além de poderem ser fixados *ab initio* com duração limitada (§5.06), podem cessar na eventualidade de novo casamento do credor ou morte de qualquer das partes, embora se estabeleça a possibilidade de afastar estas soluções (§ 5.07). ALI, *Principles of the Law*, 849 e 859.

<sup>2123</sup> Na verdade, na compensação espanhola os herdeiros terão de solicitar ao juiz a redução ou supressão daquele se os valores da herança não são suficientes para satisfazer as necessidades ou afectam as legítimas (Art. 101 do Código Civil espanhol) e na *prestation compensatoire* o pagamento é suportado pelos herdeiros dentro das forças da herança e, em caso de insuficiência, proporcionalmente pelos legatários (artigo 280 do Code Civil).

de novo casamento do credor, embora se estabeleça a possibilidade de afastar estas soluções (§ 5.07)<sup>2124</sup>. Também aqui não faz sentido introduzir qualquer interrupção na remissão do crédito compensatório para o regime geral. Na verdade, uma nova relação não interfere nos “prejuízos patrimoniais importantes” a que a figura do artigo 1676.º, n.º 2, visa responder. E, assim, não deve assumir qualquer relevância. O mesmo se diga, aliás, de comportamentos a que se associe o signo da indignidade. Na verdade, ao contrário do que acontece no âmbito da cessação dos alimentos<sup>2125</sup>, estes não devem ser considerados. Esta é, aliás, já por si uma base contestada para implicar a extinção da obrigação alimentícia, como veremos. Todavia, em sede de crédito compensatório, nem sequer está em causa a base solidarística que sustenta ponderações de merecimento relativamente à possibilidade de receber a prestação do ex-cônjuge. No crédito compensatório, temos um instrumento que encontra a sua matriz na responsabilidade, e estas circunstâncias já posteriores à fixação do crédito são-lhe estranhas.

---

<sup>2124</sup> Note-se que se aplica aos casos das secções § 5.04 (compensação por perda do nível de vida conjugal) e § 5.05 (compensação por perda residual de capacidade de ganho do cuidador principal), ALI, *Principles of the Law*, 804 e ss.

<sup>2125</sup> Cf. Cap. VI, B.



PARTE B

# Obrigação de alimentos



## 1. A alteração e a cessação da prestação alimentícia e a natureza da obrigação de alimentos

A obrigação de alimentos entre ex-cônjuges que tiver sido fixada durará enquanto não caducar ou enquanto não tiver sido sujeita a alterações ou sido feita cessar<sup>2126</sup>. Daqui decorrem duas ideias de sinal aparentemente oposto: por um lado, admite-se o carácter vitalício da obrigação de alimentos, na medida em que não se verifique qualquer das causas de cessação; por outro lado, sublinha-se que esta obrigação não se mantém necessariamente intocada, em homenagem a um “princípio geral de que a pensão alimentícia se deve acomodar às circunstâncias futuras”<sup>2127</sup> e está subordinada aos princípios da relatividade e da variabilidade<sup>2128</sup>.

Como já reconhecemos, a função primeira da obrigação alimentícia entre ex-cônjuges continua a ser aquela que é própria deste instrumento – a função alimentar. Dirige-se a garantir a satisfação das necessidades do credor através do concurso dos meios do devedor. Deste modo, se se modificarem as necessidades do alimentando ou as possibilidades do alimentante, deve promover-se o ajustamento destas duas grandezas<sup>2129</sup>, efectuando uma nova determinação da prestação, de acordo com os critérios que analisámos. Na verdade, a nossa doutrina sublinha, a dívida de alimentos é uma típica dívida de valor e, nesta qualidade, não se sujeita ao princípio do nominalismo monetário (artigo 550.º)<sup>2130</sup>. A tradução da prestação alimentícia num determinado montante pecuniário não é mais do que um meio para assegurar a aquisição daquilo que é devido pelo alimentante – os bens e serviços que satisfazem directamente as necessidades de alimentação, vestuário, habitação, saúde e, eventualmente, educação do alimentado<sup>2131</sup>. E, ainda que os alimentos pós-conjugais se precipitem numa forma de pagamento diversa da prestação

<sup>2126</sup> Assim o enuncia Moitinho de Almeida. L. P. Moitinho de Almeida, *Dos alimentos*, 271 e L. P. Moitinho de Almeida, *Os alimentos no Código Civil*, 119.

<sup>2127</sup> F. M. Pereira Coelho, *Curso de Direito de Família*, vol. I, 1960, p. 862.

<sup>2128</sup> Manuel de Andrade, *Obrigações pecuniárias*, 242.

<sup>2129</sup> F. M. Pereira Coelho, *Curso de Direito de Família*, vol. I, 1960, p. 862.

<sup>2130</sup> Manuel de Andrade, *Obrigações pecuniárias*, «Revista de Legislação e Jurisprudência», Ano 77, (n.º 2785), 1944, p. 242 e 243, F. M. Pereira Coelho, *Curso de Direito de Família*, vol. I, 1960, p. 862 Manuel de Andrade sublinha que o caso das dívidas alimentares seria o único para o qual seria “líquido e indisputado dever tomar-se em conta a desvalorização da moeda. Manuel de Andrade, *Obrigações pecuniárias*, «Revista de Legislação e Jurisprudência», Ano 77, (n.º 2784), 1944, p. 226.

<sup>2131</sup> Esta ideia foi traduzida na proposta de Vaz Serra, ao debruçar-se sobre o problema da desvalorização ou valorização da moeda, da seguinte forma: “as prestações de alimentos (...) podem ser actualizadas de modo a, mediante alteração do seu quantitativo, se dar ao alimentando um poder de aquisição, quanto possível, igual ao que a prestação alimentar possuiá”. Adriano P. S. Vaz Serra, *Obrigações de alimentos*, 139.

pecuniária, esta mesma ideia está-lhes subjacente. Deste modo, o “princípio geral de que a pensão alimentícia se deve acomodar às circunstâncias futuras” serve a função alimentar e está de acordo com a sua natureza assistencial, de base solidarística, que seria esvaziada se, face à alteração dos seus pressupostos, a prestação de alimentos se mantivesse intocada<sup>2132</sup>. Daí que se justifique que a modificação dos alimentos não incida apenas sobre os alimentos determinados inicialmente, mas sobre cada nova fixação, se advierem motivos que o justifiquem.

As próprias causas de cessação reflectem igualmente a concepção alimentar e a base solidarística. Na verdade, cessará a obrigação quando deixa de ser possível ou exigível que se responda à necessidade do alimentado. Tal poderá acontecer porque o alimentado deixa de ostentar tal necessidade (em virtude de deixar de necessitar deles ou da sua morte – artigo 2013.º, n.º 1, alínea b) e n.º 1, alínea a), ambos *in fine*) ou porque o próprio obrigado deixou de poder responder a esta (por falta de recursos ou na eventualidade da sua própria morte – artigo 2013.º, n.º 1, alínea b) e n.º 1, alínea a), 1.ª parte de ambos). Mas também sucederá, ainda que haja necessidade por parte de um e possibilidades de a satisfazer por parte do outro, quando se entenda não ser exigível que o obrigado os continue a prestar ao abrigo de um princípio de solidariedade pós-conjugal. Este princípio deixará de abrigar a obrigação alimentícia pós-conjugal quando um comportamento do alimentado deixe de o tornar merecedor de tal esforço contributivo (porque violou “gravemente os seus deveres para com o obrigado” – artigo 2013.º, n.º 1, alínea c) – ou se tornou “indigno do benefício pelo seu comportamento moral” – artigo 2019.º, *in fine*) ou porque se espera que, de direito ou de facto, beneficie de uma manifestação de solidariedade por parte de um novo cônjuge ou companheiro (contraiu novo casamento ou iniciou união de facto – artigo 2019.º), como teremos oportunidade de analisar.

O facto de termos afastado a concepção indemnizatória da obrigação de alimentos entre ex-cônjuges faz com que não sejamos confrontados com os problemas de compatibilizar tal natureza com a possibilidade de alterar a prestação em função da modificação de necessidades ou recursos dos sujeitos da relação alimentar. De facto, esta concepção implicaria que os alimentos fossem pagos a título de ressarcimento pelos danos sofridos em virtude da dissolução do casamento<sup>2133</sup>. E,

---

<sup>2132</sup> Maria João Romão Carreiro Vaz Tomé, *O Direito à Pensão*, 351 e 373.

<sup>2133</sup> Ver, no entanto, a solução italiana de tomar em consideração estes desenvolvimentos, apesar de hoje se recusar a natureza indemnizatória do assegno. C. Massimo Bianca, *Diritto Civile*, 252.

deste modo, as modificações supervenientes da situação económica dos cônjuges, que não apresentassem conexão com a relação matrimonial, não deveriam ser atendidas.

É certo que nem sempre podemos encontrar uma correspondência clara entre a natureza assumida da obrigação alimentícia e todas as soluções do regime. No contexto da Lei do Divórcio de 1910, face à qual se considerava que a obrigação em análise assumia natureza claramente alimentar<sup>2134</sup>, já se levantavam dúvidas quanto à coerência com o princípio de adaptação da prestação alimentícia às circunstâncias futuras da regra expressa dos artigos 31.º, § 1.º e 33.º da Lei do Divórcio, que impediam que o novo casamento do *obrigado* pudesse fundar quer um aumento quer uma diminuição da pensão<sup>2135</sup>. De facto, a natureza alimentar convocaria uma adaptação às *reais* necessidades e possibilidades dos sujeitos desta relação obrigacional e não a uma mera alteração de *status*.

Mesmo no regime actual, no qual as causas de cessação exibem uma aparente conformidade com a concepção alimentar, de base solidarística, desta obrigação, já se questionou se a cessação com a morte do devedor é necessariamente exigida ao abrigo desta lógica. Adicionalmente, em virtude de termos defendido que a natureza alimentar da obrigação ente os ex-cônjuges nem sempre aparece de forma pura e que podemos encontrar, de forma subordinada, uma função compensatória a ser prosseguida<sup>2136</sup>, há que equacionar se e em que medida teria sido oportuno introduzir alguma flexibilidade no regime previsto em atenção aos fins compensatórios subordinados prosseguidos. Ora, quando a prestação alimentícia não se destina a responder à necessidade estrita, poderemos encontrar maiores dificuldades em compatibilizar o regime previsto na lei para a alteração e cessação da obrigação alimentícia com a obediência a finalidades compensatórias. Na verdade, se o fundamento da obrigação de alimentos não se encontra apenas na solidariedade, mas também na responsabilidade, podemos duvidar da adequação de causas de cessação como, por exemplo, o novo casamento do alimentando.

---

<sup>2134</sup> Cf. Cap. I, C.

<sup>2135</sup> PEREIRA COELHO perfilava-se ao lado de VAZ SERRA, ao considerar muito contestável o acerto de tal preceito, com o qual a lei parece ter querido desencorajar as segundas núpcias. F. M. Pereira Coelho, *Curso de Direito de Família*, vol. I, 1960, nota 1, p. 863. Daí que VAZ SERRA equacionasse uma interpretação que limitasse o seu campo de aplicação. Adriano P. S. Vaz Serra, *Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça*, 361, nota 2.

<sup>2136</sup> Cf. Cap. I, C.



## 2. A “alteração das circunstâncias” como móbil da alteração ou cessação da prestação alimentícia

A prestação alimentícia determinada poderá perder a sua configuração inicial, vendo o seu valor subir ou descer ou a sua forma de cumprimento ser modificada, ou poderá encontrar o seu termo, porque se preencheram as circunstâncias determinantes da sua modificação ou cessação. Tais circunstâncias podem prender-se com a alteração dos pressupostos da obrigação alimentícia, que justifica uma redução ou um aumento dos alimentos ou que deixa de suportar a existência de tal obrigação (por falta de necessidade de um ou impossibilidade de prestar do outro). Nestes casos, existe uma linha de continuidade<sup>2137</sup> entre redução do montante da prestação alimentícia e cessação, que se atinge quando a sua medida chega a zero. Trata-se de casos em que, tendo sido preenchidos os pressupostos da obrigação alimentícia no momento da sua determinação, se verificou (ou houve conhecimento superveniente) de uma alteração a esse nível. Todavia, existem também situações em que outras vicissitudes, que não se identificam com os pressupostos clássicos da obrigação alimentícia, justificam que deixem de se prestar alimentos. Em ambos os casos, todavia, estaremos perante uma “alteração das circunstâncias” inicialmente consideradas. Ora, este conceito é amplamente mobilizado em outras áreas do direito, mas importa aqui perceber qual o seu alcance e desenho no âmbito da obrigação de alimentos pós-divórcio.

A sujeição à cláusula *rebus sic standibus* justifica, assim, mais um entorse ao princípio da concentração dos efeitos do divórcio no momento em que este tem lugar. Deste modo, os alimentos entre ex-cônjuges – que podiam já ter sido determinados fora do contexto do divórcio – vão receber nova configuração num momento em que a dissolução do casamento é já um evento afastado no tempo e não se estabelece qualquer vínculo entre os antigos consortes.

O facto de não se poderem cristalizar definitivamente os alimentos fixados tem consequências no próprio entendimento dos modos de determinação desta obrigação. Relativamente à sentença que os tenha fixado, implica a consagração de

---

<sup>2137</sup> Esta ideia podia considerar-se vertida, de algum modo, no artigo proposto por VAZ SERRA para a “Cessação, redução e aumento” da pensão alimentícia. Na verdade, o Autor trata a alteração das condições económicas do devedor ou do credor de alimentos na mesma sede como o fundamento para a modificação ou cessação da obrigação de alimentos. Proposta de Vaz Serra: “Artigo. Cessação, redução e aumento. 1. Se as condições económicas de quem presta ou de quem recebe os alimentos se alterarem, depois da fixação, por sentença ou por convenção, dos alimentos, pode, de acordo com essa alteração, o montante deles ser modificado ou cessar a obrigação de os prestar.” Adriano P. S. Vaz Serra, *Obrigação de alimentos*, p. 139.

uma excepção ao princípio da intangibilidade do caso julgado<sup>2138</sup>. No entanto, a fixação dos alimentos representa um desvio a esta regra – esta determinação reveste sempre um carácter provisório, pois é feita em atenção à situação actual, no momento do encerramento da discussão,<sup>2139</sup> e portanto, o efeito de caso julgado circunscreve-se à composição de factos que se encontram num dado momento temporal. Alterando-se esta situação, os alimentos são susceptíveis de alteração ou de serem feitos cessar através de processo deduzido por apenso ao processo executivo, na eventualidade da existência deste, ou por dependência da acção condenatória de alimentos (artigo 936.º, n.º 4 do Código de Processo Civil)<sup>2140</sup>.

O mesmo carácter provisório pode atribuir-se aos alimentos fixados por acordo<sup>2141</sup>. Na verdade, e independentemente da discussão relativa à natureza do acordo (mormente quando é integrado por um acto de homologação judicial), há que ter em conta que os alimentos entre ex-cônjuges são alimentos legais e que o facto de a sua determinação ser feita por acordo das partes não os converte em alimentos contratuais. Assim, utilizar o argumento do contrato para negar a sua modificação em virtude da alteração das circunstâncias seria subverter a própria função principal da obrigação alimentícia – a função alimentar. Nem será necessário aqui invocar o artigo 437.º CCiv e os termos em que permite que a alteração das circunstâncias seja considerada<sup>2142</sup>, uma vez que a alteração da obrigação alimentícia está prevista expressamente na lei, no artigo 2012.º.

### **3. Alteração dos alimentos**

#### **3.1. A ALTERAÇÃO DOS ALIMENTOS E AS CIRCUNSTÂNCIAS QUE O JUSTIFICAM**

---

<sup>2138</sup> Note-se que a lei excepciona expressamente que “se o réu tiver sido condenado a prestar alimentos (...) pode a sentença ser alterada desde que se modifiquem as circunstâncias que determinaram a condenação” (art. 619.º, n.º 2 do Código de Processo Civil).

<sup>2139</sup> Adriano P. S. Vaz Serra, *Obrigações de alimentos*, 137.

<sup>2140</sup> António José Fialho, *Guia Prático do Divórcio*, 54.

<sup>2141</sup> Manuel de Andrade, *Obrigações pecuniárias*, «Revista de Legislação e Jurisprudência», Ano 77, (n.º 2785), 1944, p. 243. Quanto aos alimentos familiares, Manuel de Andrade distingue os que são fixados por convenção das partes e por transacção. Os primeiros são tratados, também do ponto de vista da variabilidade da pensão, como aqueles que foram determinados judicialmente. Quanto aos segundos, a “verdadeira transacção” envolve a total inalterabilidade das cláusulas, o que para o Autor, se impedisse o aumento dos alimentos, importaria uma renúncia, proibida por lei. Assim, tal cláusula seria nula, não impedindo o posterior aumento.

<sup>2142</sup> C. A. Mota Pinto, *Teoria Geral*, 609.

Não existe norma própria do regime dos alimentos entre ex-cônjuges relativa à alteração dos alimentos fixados, pelo que teremos de nos reportar ao preceito do regime geral dos alimentos do artigo 2012.º e lê-lo em função das especificidades da relação pós-conjugal. Esta disposição admite que os alimentos fixados possam ser reduzidos ou aumentados se “as circunstâncias determinantes da sua fixação se modificarem” e avança que, em função destas alterações, outras pessoas possam ser obrigadas a prestá-los.

Assim, a lei determina expressamente que uma alteração dos pressupostos inicialmente considerados possa resultar tanto na diminuição como no aumento dos alimentos fixados. Desde a sua redacção inicial, o Código de 1966 veio assim admitir o ajustamento *em alta* dos alimentos, ao contrário do que fazem outros ordenamentos jurídicos e como parecia resultar anteriormente do teor literal da norma do artigo 181.º Código de 1867, que se referia apenas à possibilidade de redução<sup>2143</sup>.

Tais variações resultarão assim – num e noutro sentido – de uma nova articulação dos dois pressupostos que determinam a medida dos alimentos. Reportar-se-ão, num sentido lato, à situação patrimonial de ambos – às variações nas necessidades do credor e aos recursos de que este dispõe para lhe fazer face, por um lado, e às possibilidades do obrigado, uma vez satisfeitas as suas próprias necessidades, que merecem o mesmo entendimento que tivemos a propósito da determinação dos pressupostos e do montante da obrigação alimentícia.

Na base destas alterações tanto poderemos encontrar factores de natureza objectiva – veja-se a depreciação do valor da moeda – como de natureza subjectiva – pense-se no agravamento do estado de saúde do alimentado, que aumenta as suas necessidades. Serão, à partida, factos supervenientes, mas há também que admitir que circunstâncias contemporâneas da determinação dos alimentos, mas de conhecimento superveniente também sejam consideradas<sup>2144,2145</sup>. Importante será, no entanto, que tais modificações fácticas sejam dotadas de uma certa estabilidade, não meramente momentâneas, de molde a justificar o afastamento da decisão inicial,

---

<sup>2143</sup> Já expressamente neste sentido, v. Manuel de Andrade, *Obrigações pecuniárias*, 241, que afirma que se a pensão alimentar pode ser reduzida, deve poder também ser aumentada. Também Adriano P. S. Vaz Serra, *Obrigações de alimentos*, 136, e Adriano P. S. Vaz Serra, *Obrigações pecuniárias*, 153.

<sup>2144</sup> Em sentido diferente, ver Tommaso Auletta, *Diritto di Famiglia*, 256, nota 160.

<sup>2145</sup> Cf. artigo 988.º do CPCiv. Neste sentido, relativamente ao preceito vigente no anterior Código de Processo Civil. Maria João Romão Carreiro Vaz Tomé, *O Direito à Pensão*, 374.

seja ela de origem consensual ou de extracção judicial<sup>2146</sup>. Tem-se entendido, todavia, que esta alteração não tem de ser substancial<sup>2147</sup>. O teor literal do artigo 2012.º não aponta nesse sentido, ao contrário do que acontece relativamente ao conceito plasmado no artigo 437.º e daquilo que é expressamente defendido noutros contextos. Pense-se na opção do UMDA, que apenas permite a modificação da prestação alimentícia com base na “demonstração de uma alteração das circunstâncias tão substancial e duradoura que a torne [à prestação alimentícia] irrazoável”(cf. §316(a) UMDA)<sup>2148</sup>.

Os *factores* que impulsionam a modificação dos alimentos fixados não terão, todavia, de se traduzir numa alteração da *estrutura* do património (dos bens e rendimentos disponíveis) ou das necessidades dos cônjuges, que podem manter-se intocados. A modificação pode ser de índole *conjuntural* de modo a que a prestação fixada possa já não estar, de facto, a responder à necessidade que se identificou.

O caso paradigmático do factor externo à *situação estrutural* dos sujeitos da relação alimentícia que a afecta profundamente é a alteração do valor da moeda – a sua depreciação ou valorização<sup>2149</sup> que faz com que as necessidades do alimentando deixem de receber a adequada resposta com a prestação fixada. Na verdade, reiteramos, estamos perante uma dívida de valor<sup>2150</sup>, que visa proporcionar ao seu credor os meios para satisfação das suas necessidades. Neste sentido, está sujeita aos princípios da relatividade e da variabilidade<sup>2151</sup>, que sustentam a alteração dos alimentos.

Há, no entanto, a possibilidade de garantir a adequação dos alimentos prestados num contexto de alteração do valor da moeda sem que seja necessário sujeitar a sua fixação inicial – realizada judicialmente ou por acordo – a uma nova pronúncia de órgãos judiciais. Para tal seria necessário consagrar mecanismos necessários de actualização automática da prestação alimentícia. Entre nós, não se

---

<sup>2146</sup> Adriano P. S. Vaz Serra, *Obrigação de alimentos*, 138.

<sup>2147</sup> Maria João Romão Carreiro Vaz Tomé, *O Direito à Pensão*, 362.

<sup>2148</sup> Nem todos os Estados norte-americanos adoptaram uma concepção tão estrita. Cynthia Lee Starnes, *The Marriage Buyout*, 116.

<sup>2149</sup> Adriano P. S. Vaz Serra, *Obrigação de alimentos*, 138.

<sup>2150</sup> Manuel de Andrade, *Obrigações pecuniárias*, «Revista de Legislação e Jurisprudência», Ano 77, (n.º 2785), 1944, p. 242.

<sup>2151</sup> Manuel de Andrade, *Obrigações pecuniárias*, «Revista de Legislação e Jurisprudência», Ano 77, (n.º 2785), 1944, p. 243.

prevê a indexação automática dos alimentos pós-divórcio<sup>2152</sup>. No entanto, a jurisprudência<sup>2153</sup> e a doutrina<sup>2154</sup> têm-na admitido. Para além disso, nada obstará, a que os cônjuges, no acordo, introduzam “cláusulas de valor estável”<sup>2155</sup>. Na verdade, a inflação é um factor com que, no momento temporal em que os alimentos são determinados, o decisor pode contar. Há, no entanto, que ter em conta, como o Tribunal da Relação de Lisboa notou recentemente, na linha de anterior jurisprudência do STJ<sup>2156</sup>, que uma actualização automática da pensão em função da taxa de inflação pode ser desadequada quando não previsível, “em período de austeridade nacional”, que os salários ou as pensões de reforma acompanhem esta tendência<sup>2157</sup>. Esta posição afasta que o tribunal determine a actualização automática da obrigação de alimentos. Tal possibilidade fica na disponibilidade das partes<sup>2158</sup>. Todavia, a tendência recente de indexar pela pensão do requerido, abandonado como critério de referência a inflação, pode dar-nos uma solução para obviar estes inconvenientes<sup>2159</sup>.

Em outros ordenamentos jurídicos, todavia, a indexação automática é a regra. É o que determina a lei italiana (art. 5 §7 Legg. Div.), que remete, como padrão mínimo a ter em conta para os índices de desvalorização monetária, mas admite, em situações de evidente iniquidade, que a decisão exclua, de forma motivada, esta indexação<sup>2160</sup>.

Esta determinação *a priori*, quer da actualização do valor da moeda, quer de outras circunstâncias passíveis de alterar a pensão alimentícia<sup>2161</sup>, poderá ser um

<sup>2152</sup> Com uma posição favorável a esta possibilidade, ver F. M. Pereira Coelho, Guilherme de Oliveira; *Curso*, 700 e 701.

<sup>2153</sup> Vejam-se as decisões, Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 15-02-2007 (Salvador da Costa) (Proc. 07B209) e Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 4-03-2010 (Fátima Galante) (proc. 625/06.OTMLSB.L1-6), em que a indexação é feita à inflação. Esta foi, aliás, uma prática consolidada nas decisões de primeira instância.

<sup>2154</sup> João de Castro Mendes, Miguel Teixeira Sousa, *Direito da Família*, 438.

<sup>2155</sup> No ordenamento jurídico alemão, não existe indexação automática dos alimentos pós-divórcio, mas, por acordo, é possível proceder a esta “dinamização” do direito através de cláusulas de valor estável. Gernhuber, Coester-Waltjen, *Familienrecht*, 343 e 344.

<sup>2156</sup> V. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 16-12-1987 (Alcides de Almeida) (proc. 075661)(www.dgsi.pt), que afasta a imposição judicial de cláusula de indexação, “menos que, por acordo, haja sido clausulada a indexação ou outro tipo de estabilização”.

<sup>2157</sup> Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 15-12-2011 (Conceição Saavedra) (Proc. n. 2901/03.5TBCSC-C.L1-7) (www.dgsi.pt).

<sup>2158</sup> Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 16-12-1987 (Alcides de Almeida) (proc. 075661)(www.dgsi.pt)

<sup>2159</sup> Ver esta solução nos acórdãos do Tribunal da Relação do Porto de 07-06-2011 (Vieira e Cunha) (proc. 668-C/1994.P1) e do Tribunal da Relação de Lisboa de 9-7-2015 (Orlando Nascimento) (7409/12.5TBCSC.L1-7) (www.dgsi.pt).

<sup>2160</sup> Tommaso Auletta, *Diritto di Famiglia*, 257. Segundo BIANCA, a ausência de cláusula de indexação constitui um vício da sentença, que conduz à sua nulidade. C. Massimo Bianca, *Diritto Civile*, 254.

<sup>2161</sup> Por exemplo, a data em que se atinge a idade da reforma ou a manifestação de uma doença genética.

importante elemento na diminuição da litigiosidade pós-conjugal, já que fixa *ab initio* a evolução da prestação alimentícia, sem que nova avaliação das situações respectivas de credor e devedor de alimentos seja exigida. E, se a própria cláusula de indexação ou actualização se revelar inadequada, o mesmo preceito que permite a alteração da obrigação alimentícia, o artigo 2012.º, aplicar-se-á aqui<sup>2162</sup>.

A possibilidade de recorrer a estas cláusulas implica que, no momento da fixação dos alimentos, se possam ter em conta não só as circunstâncias presentes, como os possíveis desenvolvimentos futuros do quadro que se pressupõe. Estas considerações dirigem-se em particular à modalidade de cumprimento regra – o pagamento de uma renda pecuniária periódica. Todavia, a possibilidade de alteração – e, por isso, também da introdução de mecanismos de actualização automática – deve estender-se a outras formas de prestar alimentos. Pense-se, por exemplo, na hipótese de constituição de um direito de usufruto ou no depósito de valores produtivos e nas variações de valor que o bem e que os rendimentos dele resultantes podem sofrer. Mesmo no contrato de renda vitalícia que, tem como fito pôr termo ao prolongamento das relações entre ex-cônjuges, em atenção ao seu carácter periódico e à sua vocação duradoura, se deve acolher esta alteração<sup>2163</sup> e deve admitir-se que as partes acordem sobre as bases da sua actualização.

Por fim, o pagamento *una tantum* também pareceria excluir à partida qualquer actualização<sup>2164</sup>, uma vez que é a modalidade de cumprimento associada por excelência ao *clean break*. Tal não muda, todavia, a função e a natureza (predominantemente) assistencial da obrigação assim satisfeita. Já o dissemos quando admitimos um novo pedido de alimentos se, uma vez esgotados os recursos facultados, o ex-cônjuge voltasse a encontrar-se em situação de necessidade. Ora, o pagamento *una tantum* terá sido fixado visando a satisfação das necessidades do credor num determinado espaço temporal. Se, em virtude de uma alteração das circunstâncias, não satisfaz esse propósito – e atendendo a que a sua caracterização enquanto dívida de valor não é privativa dos pagamentos pecuniários periódicos – justificar-se-á a sua modificação. O mesmo se dirá – e até por maioria de razão – relativamente ao pagamento fraccionado do montante único fixado. Na verdade, quer nos casos de pagamento de forma unitária, quer em prestações, está sempre

---

<sup>2162</sup> Admitindo esta possibilidade entre nós, ver Maria João Romão Carreiro Vaz Tomé, *O Direito à Pensão*, 354.

<sup>2163</sup> Maria João Romão Carreiro Vaz Tomé, *O Direito à Pensão*, 349.

<sup>2164</sup> Adriano P. S. Vaz Serra, *Obrigações pecuniárias*, 154.

em causa a determinação de um montante único que, como vimos, poderá até ser feita tendo como bitola os valores da pensão periódica, devidamente *actualizados*, que o credor de alimentos receberia num determinado período. Sendo necessário introduzir ajustes à “actualização” prevista, estes deverão ser feitos, sob pena de se desvirtuar a função do pagamento. Assim, deverá ser admitida quer a sua modificação por decisão judicial posterior, quer a previsão de mecanismos de actualização automática<sup>2165</sup>.

Cabe ainda perguntar se *factores sem uma tradução económica* – ou seja, factores que não tenham, nem indirectamente, influência sobre os recursos e as necessidades dos sujeitos da relação alimentícia – devem ser considerados nesta sede, para justificar a alteração. Pense-se no *comportamento repreensível* do alimentando. No Código de 1867, este tipo de procedimento servia para fundar a atribuição de alimentos menores ou a redução dos já arbitrados (artigo 180.º CCiv 1867). Face à lei actual, admite-se a alteração dos alimentos fixados se “as circunstâncias determinantes da sua fixação se modificarem”. Ora, por um lado, há aqui uma alteração do quadro fáctico que conduziu à fixação daquele específico montante de alimentos. Por outro, não podemos esquecer que o comportamento repreensível do credor de alimentos, se revestir determinadas características, pode fundar a cessação desta obrigação (cf. artigo 2013.º, 1, c) e 2019.º, in fine). Perguntamo-nos se não se justificará que um comportamento repreensível que não revista gravidade tal que justifique a cessação da obrigação alimentícia, pode fundar a redução desta? Na verdade, não sendo os alimentos fixados a um nível mínimo, poderá haver lugar a estas considerações, uma vez que deixa de se justificar uma solidariedade tão forte<sup>2166</sup>, como veremos.

Quanto ao *objecto da alteração*, temos posto o nosso foco no *montante* da prestação alimentícia. No entanto, determinadas circunstâncias podem justificar alterações de outra índole – na *modalidade de pagamento* dos alimentos. Na verdade, no momento da determinação a dificuldade de mobilização de recursos pecuniários por parte do obrigado justifica que se estabeleçam formas de

---

<sup>2165</sup> Note-se que, em todas estas hipóteses, continuará a ter-se em mente as mesmas considerações que presidiram à determinação inicial do montante, nomeadamente a coordenação com os recursos disponíveis do obrigado. Daí que faça sentido convocar aqui o limite máximo apontado por VAZ TOMÉ para a actualização da pensão de alimentos – a taxa de aumento do rendimento do devedor. Maria João Romão Carreiro Vaz Tomé, *O Direito à Pensão*, 354.

<sup>2166</sup> Este é um raciocínio análogo àquele em que fundámos a interpretação extensiva do artigo 2016.º, n. 3, ao abrigo de considerações de proporcionalidade.

pagamento que fogem à regra da pensão pecuniária periódica<sup>2167</sup>. Por identidade de razão, quando as possibilidades de prestar alimentos por parte do ex-cônjuge alimentante deixam de permitir que estes sejam vertidos segundo a modalidade-regra, deve admitir-se que, havendo outro modo de o fazer (constituição de direito de usufruto, entrega de capital), se modifique a sua forma de prestação.<sup>2168</sup>

### 3.2. A REDUÇÃO EM PARTICULAR

A modificação operar-se-á no sentido da redução da prestação alimentícia caso a situação de necessidade do alimentando sofra melhorias ou o obrigado piore as suas circunstâncias, deixando de poder responder nos mesmos termos inicialmente fixados<sup>2169</sup>.

Atentemos, em primeiro lugar, nas circunstâncias que poderão estar ligadas à *diminuição da necessidade* do alimentado. Esta pode dar-se porque o seu nível de despesas diminuiu (deixou de fazer face a despesas de saúde ou de habitação<sup>2170</sup>) ou porque dispõe de mais recursos para lhe fazer face. Esta última circunstância pode, desde logo, verificar-se, porque outras consequências do divórcio vieram a ser definidas de modo a favorecer o alimentado. Pense-se na partilha dos bens comuns do casal, que pode dotar o alimentado de meios bastantes para ou, pelo menos, facilitadores da resposta às suas necessidades.

As modificações assim suscitadas seriam evitáveis se se tivesse optado por outra organização das consequências do divórcio. Na verdade, se o acordo relativo à

<sup>2167</sup> A lei refere expressamente a possibilidade de prestar alimentos “na casa e companhia do obrigado”, que, como vimos, é inadequada no caso de alimentos entre ex-cônjuges. Todavia, outros modos de prestar alimentos serão admissíveis. L. P. Moitinho de Almeida, *Dos alimentos*, 293, e L. P. Moitinho de Almeida, *Os alimentos no Código Civil*, 121.

<sup>2168</sup> Pode, ainda, questionar-se se a modificação operada se deve reportar ao passado, ou seja, à data da alteração das circunstâncias que fundaram tal câmbio. Cunha Gonçalves, ao debruçar-se sobre esta questão, exclui que se reporte ao momento de alteração das circunstâncias, porque então o devedor ainda não estava habilitado a dar. Cunha Gonçalves, *Tratado de Direito Civil*, vol. II, 451. Já Vaz Tomé, em sentido contrário, vem sustentar a retroactividade da alteração a este momento, atendendo “à natureza de dívida de valor da obrigação de alimento” e “à inexistência de qualquer violação de interesses legítimos do devedor”, que, com o aumento do custo de vida e do seu rendimento, podia e devia contar com a actualização dessa sua obrigação. Maria João Romão Carreiro Vaz Tomé, *O Direito à Pensão*, 356. Percebemos, todavia, já que ao aumento do custo de vida não corresponde necessariamente o aumento do rendimento do obrigado a alimentos, pelo que este argumento de previsibilidade não poderá valer para sustentar esta posição.

<sup>2169</sup> Para MOITINHO DE ALMEIDA, basta que o obrigado piore de circunstâncias ou que melhorem as do alimentando. L. P. Moitinho de Almeida, *Dos alimentos*, 292, e L. P. Moitinho de Almeida, *Os alimentos no Código Civil*, 120.

<sup>2170</sup> Na verdade, podemos assistir à atribuição da casa de morada de família num momento subsequente à fixação dos alimentos, já que este pedido pode ser deduzido após o trânsito em julgado da decisão que decretou o divórcio ou a separação judicial de pessoas e bens. Assim, a disponibilidade deste bem pode diminuir as necessidades do alimentando.



partilha fosse exigido ao lado do acordo relativo a alimentos no divórcio por mútuo consentimento, conferiria à determinação da prestação alimentícia uma maior consistência, porque assente em dados com um cariz mais definitivo. No entanto, apesar de esta exigência apresentar estas vantagens, a opção legislativa foi em sentido diverso<sup>2171</sup>.

Uma diferente organização da vida do alimentado pode igualmente diminuir as suas necessidades ou pelo menos libertar recursos para lhes fazer face. Este tipo de considerações esteve na base das alterações ao §1579 (2) BGB operadas pela reforma alemã do regime dos alimentos em 2007. Na verdade, uma nova relação informal duradoura é considerada uma alteração de circunstâncias<sup>2172</sup>. É necessário, todavia, que estejamos perante uma *verfestigte Lebensgemeinschaft*, ou seja, a intensidade da relação deve ser aquela de uma relação conjugal<sup>2173</sup>. No âmbito ordem jurídica portuguesa, não podemos hoje aqui incluir a vida em união de facto do credor de alimentos, já que esta circunstância é hoje tratada como causa de cessação da obrigação de alimentos ao abrigo do artigo 2019.º, mas a vida em economia comum, com a partilha de recursos a ela inerente é passível de aplacar a situação de necessidade do alimentado de forma relevante.

Por fim, haverá também que equacionar, para efeitos de redução da pensão alimentícia, a relevância da conduta do alimentando. O Código Civil italiano, no seu artigo 440, prevê esta possibilidade de reduzir os alimentos em virtude da “conduta desordenada ou reprovável do alimentado”, e configura-a como uma espécie de sanção de carácter patrimonial. Estaremos perante uma conduta “desordenada” quando em comportamentos de adição alcoólica, ao jogo e a estupefacientes e conduta “reprovável” em condutas lesivas dos interesses do obrigado<sup>2174</sup>.

Entre nós, a doutrina não é unânime relativamente à integração da conduta *irregular* do credor de alimentos nas circunstâncias fundadoras da alteração da

---

<sup>2171</sup> Neste sentido, OLIVEIRA aponta a vantagem de deixar resolvida a divisão dos bens e os seus reflexos na consistência dos acordos do divórcio por mútuo consentimento, nomeadamente os alimentos. Guilherme de Oliveira, *A Nova Lei do Divórcio*, 8. A relevância da partilha pode bem ver-se testemunhada no Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 22-06-1995 (Joaquim de Matos) (proc. 087008), que pôs termo aos alimentos pagos à mulher, justificando a ausência de necessidade após a distribuição dos bens.

<sup>2172</sup> Kathrin Kroll, *The Reform*, 97.

<sup>2173</sup> A definição de “*verfestigte Lebensgemeinschaft*” não é dada pelo legislador, mas trata-se de uma situação de facto, que, portanto, não foi formalizada nem pela via do casamento, nem enquanto *Lebenspartnerschaft*, em que existe comunhão de vida à semelhança daquelas situações e no contexto da qual se levantam problemas análogos, principalmente nas situações de casais com filhos. V. Nina Dethloff, *Familienrecht*, 257 e 205.

<sup>2174</sup> Cristina Rolando, *Alimenti e Mantenimento*, 49 e 50.

pensão alimentícia do artigo 2012.º. Assim, se VAZ SERRA recusa a solução italiana de redução em função daquele tipo de conduta<sup>2175</sup>, MARIA JOÃO VAZ TOMÉ admite a sua consideração, em homenagem a uma ideia de “moralização da obrigação de alimentos”. Considera que a causa de indignência não é irrelevante neste contexto e alicerça tecnicamente esta solução na interpretação e na aplicação do art.º 2012.º de acordo com o elemento sistemático da interpretação, que deve ter em conta a referência a “aspectos morais” presentes no artigo 2019.º, que deverão iluminar a apreciação das causas de necessidade do credor<sup>2176</sup>.

Mesmo relativamente à conduta *reprovável* do alimentado se podem suscitar dúvidas. Na verdade, o comportamento indigno do credor de alimentos assume relevância legal expressa apenas para efeitos de cessação da obrigação alimentícia. No entanto, a fixação da prestação alimentícia não se rege por uma lógica de “tudo ou nada”. Desde logo, o seu montante não tem por referência um único valor possível. Há um espectro dentro do qual pode ser fixado. Assim, tendo a prestação alimentícia uma base essencialmente solidarística, fará sentido ponderar até que ponto é exigido o esforço patrimonial do obrigado face a um credor cujo comportamento não exhibe uma dedicação correspondente. Ter como única resposta possível a cessação significa reduzi-la a zero. Mas o princípio da proporcionalidade exige que uma conduta que revista menor gravidade, mais ainda assim relevante, possa levar à redução da pensão alimentícia. Já se tivermos uma forte componente compensatória, teremos de ser mais exigentes nesta ponderação.

Mais clara será, todavia, a consideração da conduta *desordenada* do alimentado, ou seja, o seu comportamento negligente que determina que o seu estado de necessidade seja artificialmente mantido. Em tal situação, este estado de necessidade ou, pelo menos a sua dimensão, não são verdadeiros, porque poderiam ser superados pelo empenho do credor de alimentos. Deste modo, justificar-se-á que o montante da prestação seja reduzido para se adequar apenas à real medida da sua necessidade, em conformidade com as exigências acrescidas de auto-suficiência que regem o sistema actual. Esta é uma solução que, aliás, pode servir um propósito reabilitador dos alimentos, servindo como incentivo para a integração no mercado de trabalho ou para a obtenção de qualificações necessárias para esse efeito.

---

<sup>2175</sup> Adriano P. S. Vaz Serra, *Obrigação de alimentos*, 138.

<sup>2176</sup> Maria João Romão Carreiro Vaz Tomé, *O Direito à Pensão*, 371 e 372.

Em segundo lugar, há que considerar a *diminuição das possibilidades do obrigado* a alimentos, que pode resultar de uma redução dos seus recursos<sup>2177</sup>, mas também de um aumento das despesas a que ele próprio tem de fazer face, nomeadamente em função de escolhas fundamentais de vida que comportam a assunção de encargos económicos acrescidos<sup>2178</sup>. No contexto destas últimas circunstâncias, pense-se no nascimento de filhos, mas também no novo casamento do devedor. Na verdade, enquanto as novas núpcias do alimentado originam a extinção da obrigação alimentícia, o mesmo não acontece com as do obrigado<sup>2179</sup>. Ora, neste caso, as despesas do obrigado com o novo agregado familiar podem aumentar, consumindo recursos necessários para fazer face à prestação de alimentos ao seu ex-cônjuge. A solução da Lei do Divórcio de 1910, parecia ser mais restritiva - o artigo 31.º excluía que o novo casamento do alimentante servisse de fundamento para sustentar a redução da pensão alimentícia. Admitia-se, todavia, que circunstâncias supervenientes do casamento, ainda que dele derivadas, como a alimentação, vestuário e educação do filhos, fossem consideradas<sup>2180</sup>. Face à lei actual, o que releva quando se invoca o novo casamento do obrigado não é o seu *status* de casado, mas a sua situação concreta em termos de disponibilidade de recursos.

A união de facto do obrigado não assume os mesmos contornos, todavia. Apesar de estarmos perante uma nova organização da vida do alimentante em condições análogas ao casamento, não existe aqui um dever jurídico de contribuir para o sustento do companheiro. Existe uma situação de facto, que cria uma comunidade de vida, mas que não faz surgir uma pretensão jurídica que ombreie com o dever de prestar alimentos ao ex-cônjuge. A resposta, todavia, não é líquida. Na verdade, apesar de o obrigado ter o direito de encetar novas relações, com a configuração que lhes queira imprimir<sup>2181</sup>, à partida, tal não pode significar eximir-

---

<sup>2177</sup> Pense-se nas situações de desemprego ou de diminuição da remuneração por opção por trabalho em *part-time*. Tommaso Auletta, *Diritto di Famiglia*, 256.

<sup>2178</sup> Tommaso Auletta, *Diritto di Famiglia*, 256 ou 257.

<sup>2179</sup> Não se sugere aqui, como acontece relativamente à nova relação matrimonial do alimentado, a ideia de que a integridade do novo casamento deste sujeito da relação alimentícia seria posta em causa pela subsistência desta obrigação. STARNES critica a utilização deste argumento que, segundo a autora, reflecte concepções de género às quais repugna a ideia de que a mulher tenha mais do que um marido a sustentá-la. Cynthia Lee Starnes, *One More Time*, 994.

<sup>2180</sup> L. P. Moitinho de Almeida, *Dos alimentos*, 293.

<sup>2181</sup> Decorra este direito do direito de constituir família consagrado no n.º 1 do artigo 36.º CRP (J. J. Gomes, MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. I, 560) ou do direito ao livre desenvolvimento da personalidade (F. M. Pereira Coelho, Guilherme de Oliveira; *Curso*, 56).

se aos seus deveres jurídicos. Todavia, existe uma margem de conformação da sua existência que a obrigação de alimentos ao ex-cônjuge não pode coarctar.

A mesma liberdade de conduzir a própria vida pode ser invocada também noutros planos. Pense-se na mudança de profissão por parte do obrigado a alimentos<sup>2182</sup>, optando por uma que lhe disponibilize menores rendimentos. Não poderá deixar de ser admissível uma redução da pensão alimentícia em função da diminuição dos recursos nestes termos.

O mesmo não se poderá sustentar, todavia, se tal resultar de uma conduta negligente ou mesmo dolosa do obrigado a alimentos, no sentido do estreitamento das suas possibilidades. Na verdade, não parece ser de tutelar o seu comportamento de contornos fraudulentos, diminuindo o acesso do alimentado aos meios de que necessita<sup>2183</sup>. Já aquelas situações que extravasam de uma atitude voluntária por parte do obrigado, serão de ter em conta. As situações de desemprego ou insolvência do devedor poderão reconduzir-se a uma ou outra situação.

### 3.3. O AUMENTO EM PARTICULAR

O aumento da prestação alimentícia depende de duas circunstâncias: do agravamento da situação de necessidade do alimentado e do acréscimo das possibilidades do obrigado.

A relação entre estas circunstâncias tem sido discutida. Pensamos, todavia, que não se justifica defender o seu carácter cumulativo<sup>2184</sup>. É certo que a pensão alimentícia tem como referência central a necessidade do alimentado a que visa responder. Todavia, existe o limite dos recursos disponíveis do obrigado para lhe fazer face. Assim, por um lado, ainda que o nível de necessidade atendível não aumente, uma prestação que foi fixada com um montante inferior, em virtude da limitação das possibilidades do alimentante, pode vir a beneficiar de um aumento se, num momento posterior, este obtém recursos suficientes para lhe fazer face. Por outro lado, se a situação de necessidade do credor se agrava e o obrigado dispõe de

---

<sup>2182</sup> Cf. Cap. I, B.

<sup>2183</sup> Neste sentido, Maria João Romão Carreiro Vaz Tomé, *O Direito à Pensão*, 372.

<sup>2184</sup> Era esta a posição de MOITINHO DE ALMEIDA. L. P. Moitinho de Almeida, *Dos alimentos*, 292, e L. P. Moitinho de Almeida, *Os alimentos no Código Civil*, 120.

meios para a satisfazer, também se justifica o aumento da pensão de alimentos. Na verdade, no momento inicial, e apesar dos recursos mais elevados de que o alimentante dispunha, a necessidade era mais reduzida e era apenas a este que havia que atender.

O aumento da necessidade pode prender-se com o acréscimo das despesas a que o credor de alimentos tem de fazer face ou com a diminuição das suas próprias forças económicas para lhes responder. Assim, a desvalorização da moeda, por exemplo, pode significar que o montante fixado não satisfaz as efectivas necessidades já identificadas do alimentado<sup>2185</sup>, mas estas podem ter subido em virtude de este ter exigências acrescidas ligada a um agravamento do estado de saúde ou do normal curso da vida, do envelhecimento. Estas mesmas circunstâncias podem significar também que o alimentando pode sofrer de uma diminuição da capacidade ou actividade laborais e da possibilidade de gerar os mesmos recursos para fazer face às despesas a que tem de responder.

O factor do acréscimo das possibilidades como determinante do aumento da prestação de alimentos assume contornos particulares no âmbito dos alimentos pós-divórcio. Na verdade, também neste âmbito surge a questão de saber em que medida o alimentado tem o direito de participar do enriquecimento do seu ex-cônjuge posterior ao casamento.

Ora, quando tratámos do nível assegurado pela obrigação de alimentos, concluímos não poder aderir aos pressupostos que estão na base deste tipo de prestações que resultam da configuração do casamento como *marital partnership* ou do seu tratamento, em caso de cuidado dos filhos, como *parental partnership*. Porém, a mesma proposta de comunhão destes recursos acrescidos põe-se no seio de concepções mais tradicionais da obrigação de alimentos. Veja-se, no direito italiano, em que se exclui, à partida que as melhorias económicas do devedor após o divórcio fundem o aumento do *assegno*, mas se admite a sua consideração quando estas configurem “razoável desenvolvimento das expectativas presentes no momento do casamento”<sup>2186</sup>. Esta posição é, todavia, tributária da referência que os alimentos pós-divórcio italianos fazem ao teor de vida do casamento<sup>2187</sup>.

---

<sup>2185</sup> Há que ter em conta, todavia, que, tal como se reflecte nos meios aos dispor do alimentado, a desvalorização do valor da moeda também afecta os recursos do obrigado. L. P. Moitinho de Almeida, *Dos alimentos*, 292.

<sup>2186</sup> C. Massimo Bianca, *Diritto Civile*, 252, e Tommaso Auletta, *Diritto di Famiglia*, 256.

<sup>2187</sup> Tommaso Auletta, *Diritto di Famiglia*, 256.

Ora, entre nós, concluímos já que, para efeitos de cálculo do montante da pensão alimentícia – e, portanto, também para o reajuste que é efectuado através da sua alteração – não se trata de aceder ao novo nível de vida do ex-cônjuge, ainda que este tenha sido favorecido pelo contributo do alimentado durante o casamento. Também não se toma como referência o nível de vida do casamento, que não constitui um elemento relevante para a determinação da medida da pensão. Está sim, em causa, responder à necessidade que foi considerada *relevante* até onde os recursos *disponíveis* sejam bastantes, em obediência a um critério de dupla proporcionalidade. Deste modo, será irrelevante a fonte de tais incrementos patrimoniais. Esta poderá apresentar uma ligação directa com o casamento – como o aumento de recursos que advenha da partilha dos bens comuns do casal<sup>2188</sup> – ou ser totalmente estranha à relação matrimonial – pense-se na alteração das possibilidades em função do novo casamento do devedor<sup>2189</sup> ou no ganho inesperado de um prémio de sorte.

#### 4. Cessação

A definição das causas de cessação da obrigação alimentícia entre ex-cônjuges desempenha um relevante papel no âmbito deste regime. Na verdade, e na medida em que a maior parte dos casais divorciados dispõe de um acervo patrimonial limitado passível de ser objecto de partilha, a obrigação alimentar (e a possibilidade de deixar de dispor dela) assume um significado decisivo para o alimentado em situação de necessidade. Aliás, nos ordenamentos jurídicos em que a pensão alimentícia assume o encargo de introduzir equidade económica nas relações entre ex-cônjuges, uma definição generosa das causas de cessação dos alimentos pós-divórcio pode pôr em xeque esta intenção inicial<sup>2190</sup>.

A obrigação de alimentos entre ex-cônjuges cessa nos casos indicados na lei – ou seja, na norma do regime geral dos alimentos do artigo 2013.º e no preceito relativo às hipóteses de cessação desta particular obrigação alimentícia, o artigo

---

<sup>2188</sup> Cf. Guilherme de Oliveira, *A Nova Lei do Divórcio*, 8.

<sup>2189</sup> Cf. Cap. I, B.

<sup>2190</sup> Cynthia Lee Starnes, *One More Time*, 972, nota 7. O papel desempenhado pelos alimentos na correcção de desequilíbrios é ainda mais relevante tendo em conta que os efeitos da partilha são limitados pelo facto de os casais não disporem de bens de valor relevante para partilha. Veja-se o estudo de Marsha Garrison, *Good Intentions Gone Awry: The Impact of New York's Equitable Distribution Law*, *Brooklyn Law Review*, Vol. 57, 1991-1992, principalmente p. 662 ss.

2019.<sup>2191</sup>. Moitinho de Almeida enunciava a ideia de que a obrigação legal de alimentos não cessava nos casos gerais de extinção das obrigações<sup>2192</sup>. Não nos parece, todavia, que esta afirmação possa ser aceite sem admitir algumas torções.

É verdade que, em princípio, não cessará nem pelo cumprimento nem pela consignação em depósito<sup>2193</sup>. Mas esta afirmação tem por base a forma de pagamento regra – as prestações pecuniárias periódicas – e o mesmo não se poderá afirmar quando estamos perante outras modalidades, nomeadamente o pagamento *una tantum*, sem prejuízo do renascimento da obrigação alimentícia, se preenchidos os seus pressupostos. Quanto à compensação (art. 2008, n. 2), a lei opõe-se-lhe expressamente e o carácter indisponível da obrigação alimentícia afasta a remissão (art. 863 ss e art. 2008). Para além disso, tivemos já oportunidade de sublinhar o carácter legal dos alimentos entre ex-cônjuges. Assim, a figura da novação, pela sua base negocial, também estará excluída. Também não fará sentido a extinção por confusão (art. 868 ss), uma vez que sendo os alimentos determinados em função das necessidades do credor e das possibilidades do obrigado, não é possível que se reúnam na mesma pessoa as qualidades de credor e devedor<sup>2194</sup>. Todavia, a dação em cumprimento suscita-nos maiores dúvidas. Moitinho de Almeida excluía-a alegando que o alimentando não pode receber coisa diversa das prestações pecuniárias mensais referidas no art. 2005.<sup>o</sup>, n. 1, uma vez que estas se destinam a prover à satisfação das suas necessidades vitais<sup>2195</sup>. Ora, percebemos já que existe abertura legal para aceitar outras modalidades de pagamento da prestação alimentícia, embora estas tenham de ser fixadas quando se determinam os alimentos. Todavia, não vemos em que é que a prestação de coisa diversa da que for devida, desde que, como a lei o exige, o credor dê o seu assentimento fira interesses protegidos pela instituição alimentícia, desde que se trate de prestação funcional e concretamente apta a satisfazer os interesses em causa.

---

<sup>2191</sup> L. P. Moitinho de Almeida, *Dos alimentos*, 288, e L. P. Moitinho de Almeida, *Os alimentos no Código Civil*, 121. Em sentido diferente, v. Luiz da Cunha Gonçalves, *Tratado de Direito Civil*, VII, 124, que considera outras causas (ausência, v.g.).

<sup>2192</sup> L. P. Moitinho de Almeida, *Os Alimentos no Código Civil*, 123.

<sup>2193</sup> MOITINHO DE ALMEIDA explica que tanto o cumprimento) como a consignação em depósito não constituem causa de extinção da obrigação alimentícia porque o pagamento de pensões vencidas não comporta o pagamento das vincendas e porque não se pode aceitar o pagamento antecipado dos alimentos dado o carácter actual que devem revestir. L. P. Moitinho de Almeida, *Os Alimentos no Código Civil*, 123.

<sup>2194</sup> L. P. Moitinho de Almeida, *Os Alimentos no Código Civil*, 123.

<sup>2195</sup> L. P. Moitinho de Almeida, *Os Alimentos no Código Civil*, 123.

#### 4.1. CAUSAS DE CESSAÇÃO DO REGIME GERAL DOS ALIMENTOS

##### 4.1.1. Morte do obrigado

O artigo 2013.<sup>o</sup> consagra a regra de que a morte do ex-cônjuge devedor de alimentos<sup>2196</sup>, como aliás, a que qualquer outro obrigado, extingue a relação alimentícia. A opção legislativa, que invocou como fundamento o carácter pessoal da obrigação, implica assim que esta não se transmita aos herdeiros do credor<sup>2197</sup>.

Esta solução, expressamente acolhida na lei, não é necessariamente determinada pelas características inerentes à obrigação alimentícia<sup>2198</sup>. Na verdade, no regime do Código de Seabra admitia-se que esta consequência da morte do devedor fosse afastada. O artigo 176.<sup>o</sup> previa que a obrigação de prestar alimentos se transmitisse com a herança, se os alimentos tivessem sido judicialmente pedidos ou voluntariamente prestados mediante documento autêntico ou autenticado<sup>2199</sup>. Deste modo, abria-se uma excepção, permitindo-se que se transmitisse a obrigação alimentar aos herdeiros do obrigado nas circunstâncias determinadas pela lei<sup>2200</sup>.

A solução não é inédita. No que em particular diz respeito à obrigação de alimentos entre ex-cônjuges, na lei alemã encontramos uma clara distinção quanto às consequências da morte do alimentado e do obrigado. Enquanto o primeiro caso determina a cessação da obrigação de alimentos (§1586 (1) BGB), no caso de morte do obrigado, esta transmite-se aos herdeiros enquanto encargo da herança (*Nachlassverbindlichkeit*) (§1586b (1) BGB). Em Itália, o art. 9bis L. Div. prevê a possibilidade de o tribunal, em caso de morte do obrigado, atribuir uma pensão a cargo da herança<sup>2201</sup>.<sup>2202</sup>

<sup>2196</sup> No mesmo sentido, ver o Princípio 2:9 (3), Katharina Boele-Woelki et al., *Principles of European Family Law*, 116.

<sup>2197</sup> Adriano P. S. Vaz Serra, *Obrigação de alimentos*, 171.

<sup>2198</sup> Planiol e Ripert admitem esta transmissibilidade em caso de morte do obrigado em virtude do carácter ressarcitório que a pensão alimentar então revestia e porque o *droit de secours* que ela substitui se transforma, em caso de morte, num direito de usufruto. Planiol, Ripert, *Traité Pratique*, 518.

<sup>2199</sup> Segundo C. Gonçalves, a obrigação só se transmite se couber nas forças da herança ou até ao limite dos rendimentos dos bens herdados. Fora dos casos do art. 176.<sup>o</sup>, a obrigação não se transmitia aos herdeiros do alimentando por ser obrigação pessoal e não encargo patrimonial. Luiz da Cunha Gonçalves, *Tratado de Direito Civil*, vol. II, 443.

<sup>2200</sup> Sobre o alcance desta norma, ver o sentido atribuído por LOBATO DE GUIMARÃES, que afirmava poder “dar-se como assente que o art. 176.<sup>o</sup> do Código de 1867 se referia exclusivamente a prestações reconhecidas de forma válida, mas em atraso de pagamento”. Maria de Nazareth Lobato de Guimarães, *Alimentos*, 216, nota 24. Também VAZ SERRA chegou a sustentar referir-se “aos alimentos devidos a partir do pedido judicial ou do reconhecimento voluntário até à morte do autor da herança”. Adriano P. S. Vaz Serra, *Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça*.

<sup>2201</sup> Cf. Cap. III, B.



A abertura para reconhecer a transmissibilidade da obrigação de alimentos aos herdeiros do devedor não advém de negar a sua feição pessoal. Na verdade, a obrigação de alimentos – e em particular a que recai sobre o ex-cônjuge – não deixa de ter como pressuposto aquele vínculo familiar (pretérito, é certo), que se estabeleceu entre os sujeitos<sup>2203</sup>. No entanto, apresenta também um cariz patrimonial, em virtude de se traduzir numa prestação. Em função deste carácter híbrido da obrigação alimentar, LOBATO DE GUIMARÃES defendia que, por princípio, nada impediria que “a obrigação que em vida se contraiu com um familiar continue a ser satisfeita, após a morte do vinculado, pelos bens que deixou”<sup>2204</sup>.

A transmissibilidade por morte da obrigação alimentícia aos herdeiros do credor enfrenta, todavia, obstáculos relevantes<sup>2205</sup>. O primeiro prende-se com os *recursos utilizados* para fazer face à necessidade do credor. VAZ SERRA alegava para justificar a solução de cessação consagrada na lei que os herdeiros podiam não ter a possibilidade de prestar os alimentos, uma vez que estes são fixados em função das possibilidades do obrigado<sup>2206</sup>. E LOBATO DE GUIMARÃES também reconhecia que a morte do devedor eliminaria, em princípio, a fonte normal dos rendimentos pessoais – a actividade laboral – e a possibilidade de solver a obrigação de alimentos, em regra periódica e ilimitada no tempo<sup>2207</sup>. Ora, este obstáculo poderia ser superado com a assunção de que tal transmissibilidade só se poderia garantir em termos restritos – apenas na medida em que houvesse bens na herança suficientes para responder à obrigação alimentar, nos limites desses bens<sup>2208</sup>. Ou, poder-se-ia atentar na solução alemã do §1586b (1) BGB. Aqui, a obrigação alimentícia é considerada um encargo da herança (*Nachlassverbindlichkeit*), mas para além disso estabelece-se outro limite ao montante a pagar. O herdeiro não é obrigado a responder por um montante que vá além da quota legitimária (*Pflichtteil*) que lhe caberia, caso o casamento não tivesse sido dissolvido por divórcio<sup>2209</sup>. Já no caso italiano, toma-se

---

<sup>2202</sup> Ver também o art. 301, 10 do CCiv belga e o §78 para 3 da EheG austríaca.

<sup>2203</sup> L. P. Moitinho de Almeida, *Dos alimentos*, 288, L. P. Moitinho de Almeida, *Os Alimentos no Código Civil*, 121, e Maria de Nazareth Lobato de Guimarães, *Alimentos*, 214.

<sup>2204</sup> Maria de Nazareth Lobato de Guimarães, *Alimentos*, 214.

<sup>2205</sup> Na justificação do Princípio 2:9 (3) dos Principles of European Family Law Regarding Divorce and Maintenance Between Former Spouses que consagra esta solução, a CEFL invoca o carácter pessoal da pretensão, mas acaba por reconhecer que a solução foi adoptada por “razões práticas”. Katharina Boele-Woelki et al., *Principles of European Family Law*, 124.

<sup>2206</sup> Adriano P. S. Vaz Serra, *Obrigação de alimentos*, 171.

<sup>2207</sup> Maria de Nazareth Lobato de Guimarães, *Alimentos*, 214.

<sup>2208</sup> Neste sentido, também Maria de Nazareth Lobato de Guimarães, *Alimentos*, 214.

<sup>2209</sup> Gernhuber, Coester-Waltjen, *Familienrecht*, 347 e Nina Dethloff, *Familienrecht*, 214.

em conta a importância dos pagamentos, o grau de necessidade, uma eventual *pensione di reversibilità*, os bens da herança a qualidade e situações económicas dos herdeiros (Art. 9bis Legge Div.)<sup>2210</sup>. A ponderação destes elementos serve, segundo BONILINI para temperar de forma equitativa as exigências do ex-cônjuge sobrevivente e dos herdeiros<sup>2211</sup>. Se se optasse por este tipo de solução, não se abandonaria a referência – ainda que já indirecta – às possibilidades do credor, que concorreram para determinar inicialmente a prestação de alimentos. Já no que diz respeito ao outro factor interveniente na fixação do montante – a necessidade do alimentado – não sofreria alterações em virtude do funcionamento do fenómeno sucessório, tendo em conta que o cônjuge divorciado não é herdeiro legal (nem legitimário, nem legítimo) do *de cuius* (cf. 2133.º, n. 3)<sup>2212</sup>.

Um entrave adicional à transmissibilidade aos herdeiros do obrigado – também ele invocado por VAZ SERRA para alicerçar a sua opção – seria o facto de o vínculo que funda a obrigação alimentar poder não existir relativamente aos herdeiros do alimentante<sup>2213</sup>. No entanto, esta não parece ser uma razão determinante. Existindo uma relação familiar que sustente uma obrigação alimentícia é ao abrigo desta que poderá ser definida nova prestação de alimentos<sup>2214</sup>. Todavia, não é esta possibilidade que está aqui em causa. Trata-se de equacionar se os herdeiros *qua tale*, e não porque exibem um vínculo de família relativamente ao alimentando, devem receber do autor da sucessão o encargo de prover ao sustento daquele. E, na verdade, na ausência de previsão de norma neste sentido, é a caracterização como obrigação pessoal e não como encargo patrimonial que prevalece no regime alimentar<sup>2215</sup>.

Poder-se-á avançar, no entanto, mesmo face ao regime actual, que os herdeiros do alimentante não se encontram totalmente libertos do encargo alimentar. Na verdade, as prestações vencidas e não pagas em vida do devedor passam a figurar como uma dívida da herança do obrigado<sup>2216</sup>. Trata-se, no entanto,

<sup>2210</sup> Mas nestes casos, no direito italiano, também poderá beneficiar do *assegno ereditario*.

<sup>2211</sup> Giovanni Bonilini, *Manuale di Diritto di Famiglia*, 233.

<sup>2212</sup> Nada obsta, todavia, a que um ex-cônjuge contemple em testamento aquele com quem foi casado, desde que não se encontre numa das situações dos artigos 2192.º a 2198.º. Todavia, a sua posição aqui será a de um estranho, exterior à composição familiar.

<sup>2213</sup> Adriano P. S. Vaz Serra, *Obrigação de alimentos*, 171.

<sup>2214</sup> É, aliás, o que VAZ SERRA também reconhece. Adriano P. S. Vaz Serra, *Obrigação de alimentos*, 171.

<sup>2215</sup> Luiz da Cunha Gonçalves, *Tratado de Direito Civil*, vol. II, 443, L. P. Moitinho de Almeida, *Dos alimentos*, 288, e L. P. Moitinho de Almeida, *Os Alimentos no Código Civil*, 121.

<sup>2216</sup> Maria de Nazareth Lobato de Guimarães, *Alimentos*, 216.

aqui de questão diversa da transmissão da obrigação de alimentos. Está em causa meramente o cumprimento das prestações que já podiam ser exigidas ao obrigado<sup>2217</sup>.

Em favor a abertura para a transmissibilidade da obrigação de alimentos para os herdeiros do devedor, pode pensar-se que a inserção sucessória de figuras alimentares não é totalmente estranha ao nosso ordenamento jurídico. Na verdade, o autor da sucessão pode fazer um legado de alimentos<sup>2218</sup> e nada obsta a que, no exercício da sua autonomia, o faça relativamente ao seu ex-cônjuge. Não podemos, no entanto, traçar um paralelismo com a transmissão da obrigação de alimentos aos herdeiros do devedor. De facto, a figura do legado em muito se afasta desta situação. Por um lado, a determinação dos alimentos desta forma não resulta da lei, mas emerge *ex voluntate*. Por outro lado, não estamos perante a continuação de uma obrigação anteriormente existente. Na verdade, o legado é uma disposição *mortis causa*, ou seja, só se opera esta devolução de bens *post mortem*<sup>2219</sup>.

As figuras mais determinantes nesta análise serão antes as obrigações de alimentos de origem legal que se associam à sucessão e que encontramos, não consagradas relativamente ao cônjuge divorciado, mas num ambiente próximo – conjugal e paraconjugal. Referimo-nos ao apanágio do cônjuge sobrevivente<sup>2220</sup> e à obrigação de alimentos emergente do artigo 2020.º a favor de membro da união de facto. Estas figuras permitem contornar o problema da transmissibilidade por morte da obrigação alimentícia, que se ancora no seu carácter pessoal.

De facto, o apanágio do cônjuge sobrevivente<sup>2221</sup> (art. 2018.º) consubstancia uma obrigação de alimentos<sup>2222</sup>. Todavia, não se trata aqui de estabelecer a transmissão deste dever em caso de morte do autor da sucessão. A morte não constitui um

---

<sup>2217</sup> Adriano P. S. Vaz Serra, *Obrigação de alimentos*, 172.

<sup>2218</sup> Capelo de Sousa, *Lições de Direito das Sucessões*, vol. I, 209, 210.

<sup>2219</sup> Capelo de Sousa, *Lições de Direito das Sucessões*, vol. I, 25

<sup>2220</sup> Pereira Coelho, no entanto, contraria a possibilidade de se invocar o direito de apanágio (então consagrado no art. 1231.º do Código de 1867) para se concluir acerca da hereditabilidade do direito do cônjuge divorciado. Para Pereira Coelho, este teria antes direito a uma indemnização pela frustração do direito de apanágio, causada pelo divórcio. F.M. Pereira Coelho, *Curso*, 1965, 538 e 539, nota 6.

<sup>2221</sup> O apanágio do cônjuge sobrevivente não se pode considerar propriamente um caso de transmissibilidade em caso de morte. Surge com a morte. Maria de Nazareth Lobato de Guimarães, *Alimentos*, 215 e 216. Maria João Romão Carreiro Vaz Tomé, *O Direito à Pensão*, 382.

<sup>2222</sup> Auletta, *Diritto di Famiglia*, 263. O *assegno* de carácter alimentar a cargo da herança do cônjuge defunto é classificado como um legado *ex lege*. Atribui-se-lhe simultaneamente natureza assistencial e sucessória.

obstáculo a ultrapassar para permitir a subsistência desta obrigação – ao invés é o que a faz nascer<sup>2223</sup>.

Situação análoga tem lugar com os alimentos a cargo da herança de que o membro da união de facto beneficia nos termos do artigo 2020.º. Também aqui se trata de fazer nascer uma obrigação nova, em virtude da sucessão. Aliás, neste caso, nem poderia estar em causa a transmissão aos herdeiros de uma obrigação de alimentos titulada pelo autor da sucessão. Em vida deste, e enquanto membro da união de facto, não decorre da lei qualquer obrigação de alimentos relativamente ao companheiro<sup>2224</sup>. Ela só surge com a sua morte.

Apesar do possível espaço de discussão, certo é que a lei foi clara ao eleger a morte do devedor como causa de extinção do dever de prestar alimentos. Esta determinação genérica no âmbito da obrigação de alimentos levanta, porém, questões específicas quando tratamos dos alimentos pós-divórcio. A particular situação do cônjuge divorciado levou, aliás, a que a Comissão Revisora de 1977 tivesse equacionado aceitar a transmissibilidade por morte do obrigado da obrigação de alimentos concedido ao cônjuge separado ou divorciado<sup>2225</sup>. As razões que fundariam uma solução excepcional não serão difíceis de descortinar. Na verdade, esta obrigação de alimentos funda-se na situação de necessidade do ex-cônjuge que não será, à partida, de todo alterada com a sucessão, na medida em que não é herdeiro legal do *de cuius*. A situação do credor de alimentos também não é acautelada por outra via – a do apanágio. Na verdade, e ao contrário do que já foi sustentado relativamente à pessoa separada de pessoas e bens<sup>2226</sup>, o cônjuge divorciado nunca beneficia deste direito. Este deriva do *status* de casado, que ainda existe no caso de separação de pessoas e bens, mas que se extingue em caso de dissolução do casamento por divórcio.

Também não encontramos qualquer figura análoga à do artigo 2020.º - uma obrigação de alimentos que nasça com a morte do *de cuius*. Ao contrário do membro da união de facto, que não era detentor de qualquer direito a alimentos no contexto dessa relação nem em caso de ruptura em vida, mas que acede a ele por morte do

---

<sup>2223</sup> Sobre o apanágio, cf. Alimentos sujeitos.

<sup>2224</sup> Não há obrigações de alimentos na união de facto. A este propósito, ver Nuno de Salter Cid, A Comunhão de vida, 702 e PITÃO, José António França, Uniões de Facto, 169 ss.

<sup>2225</sup> Cf. Maria de Nazareth Lobato de Guimarães, *Alimentos*, 216.

<sup>2226</sup> Cf. Espinosa Gomes da Silva, Posição sucessória, 83.

companheiro, o cônjuge divorciado terá sido credor de alimentos em vida, mas não o será na morte do seu ex-cônjuge. Não acorre a seu favor a situação de comunidade vivida no momento da morte do *de cuius* que justifica o artigo 2020.<sup>o</sup>

O cônjuge divorciado escapa, portanto, por entre as malhas destes dois critérios – *status* e relação: já foi casado, mas já não é e já terá vivido em comunidade de vida, mas já não vive.

A situação do ex-cônjuge que foi credor de alimentos pode ser acautelada por outra via. Na verdade, o cônjuge divorciado tem direito a uma pensão de sobrevivência nos termos do regime da função pública (cf. artigos 40.<sup>o</sup>, n. 1, a), art. 41.<sup>o</sup>, n. 2, e 45.<sup>o</sup> do Decreto-lei n. 142/73, de 31 de Março) e do regime geral da Segurança Social (artigos 7.<sup>o</sup>, n. 1 e 11.<sup>o</sup> do Decreto-Lei n.<sup>o</sup> 322/90, de 18 de Outubro). Só acede a ela, todavia, se à data da morte do beneficiário, dele recebesse pensão de alimentos decretada ou homologada pelo tribunal ou se esta apenas não lhe tivesse sido atribuída por falta de capacidade económica do falecido judicialmente reconhecida. Esta exigência, que deixa sem cobertura as situações do cônjuge a quem não haviam anteriormente sido decretados alimentos ou em que estes cessaram antes do momento da morte, é comum em figuras análogas, como o *trattamento di reversibilità* italiano<sup>2227</sup>, para o qual é necessário que o cônjuge divorciado seja titular do *assegno post-matrimoniale* (art. 9 L. Div.).

O isolamento desta medida social, ou seja, o facto de não ser acompanhada ou mesmo precedida por soluções de cariz jusfamiliar, suscita, mais uma vez, questões relativamente ao posicionamento da responsabilidade do Estado face ao papel da família no que diz respeito à garantia do sustento dos seus membros. É mais um exemplo da dúbia expressão do princípio da subsidiariedade que, em bom rigor, mais facilmente exigiria que o Estado, a comunidade maior, só assumisse o encargo dos alimentos se estes não pudessem ser cobertos pelo menos em parte, pelo património do sujeito que antes da morte era obrigado a prestar alimentos, como explica DIETER HENRICH<sup>2228</sup>.

A solução que vingou de extinção pela morte do obrigado<sup>2229</sup> pode ser coerentemente conciliada com a matriz solidarística da obrigação alimentícia. Na

---

<sup>2227</sup> T. Auletta, *Diritto di Famiglia*, 257.

<sup>2228</sup> D. Henrich, 2001, p. 415.

<sup>2229</sup> VAZ SERRA, na sua proposta, dedicava-lhe um artigo autónomo – “Extinção pela morte do obrigado ou do titular”. Adriano P. S. Vaz Serra, *Obrigações de alimentos*, 175.

verdade, a solidariedade assenta num vínculo, um vínculo pretérito no caso das obrigações entre ex-cônjuges, ao abrigo do qual se estabelece uma relação entre os sujeitos que outrora partilharam o mesmo *status*. Avulta, portanto, a dimensão pessoal da obrigação de alimentos, tornando-se mais difícil defender que as manifestações dessa solidariedade venham a ser suportadas por quem não tem senão uma ligação patrimonial indirecta (é titular dos recursos que outrora garantiram essa assistência) com o beneficiário.

No entanto, se se reconhecer outra natureza à obrigação alimentar será mais difícil sustentar a falta de propriedade da transmissão por morte. Foi o próprio VAZ SERRA quem avançou que, nos casos em que o obrigado a alimentos fosse declarado único ou principal culpado na acção de divórcio, o facto de a obrigação de alimentos assumir natureza indemnizatória ao lado da natureza alimentar, deveria permitir a exigibilidade aos herdeiros do obrigado. E mesmo quando o divórcio tivesse sido decretado com fundamento em causa objectiva, poder-se-ia sustentar a transmissibilidade da obrigação de alimentos quando tivesse sido o obrigado a requerer o divórcio. Neste caso, pesaria sobre si a extinção da relação matrimonial e a perda de direitos do outro cônjuge, como o direito de apanágio <sup>2230</sup>.

As considerações acerca da obrigação alimentícia com natureza indemnizatória não podem ser transpostas para o actual regime dos alimentos. Relativamente à primeira, foi o próprio legislador a tirar-lhe a base ao eliminar a declaração de culpa no seio do divórcio. Também já nos pronunciámos sobre a posição do requerente do divórcio e do facto de, na ausência de outras razões ponderosas<sup>2231</sup>, não se deverem associar consequências do divórcio a essa iniciativa. Esta apreciação, todavia, tem o mérito de considerar que os alimentos pós-conjugais não apresentam um perfil monolítico, desempenham diferentes funções e, em virtude delas, o regime poderia considerar diferentes soluções, mais plásticas quanto à cessação por morte do obrigado.

Tal será relevante porque, se é certo que não atribuímos hoje aos alimentos pós-conjugais uma função indemnizatória no sentido acima referido, reconhecemos que podem desempenhar um papel compensatório, dependendo dos factores relevantes para a concretização do conceito operativo de “necessidade”. Assim, se,

---

<sup>2230</sup> Adriano Paes da Silva Vaz – «Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 7 de Maio de 1963», *Revista de Legislação e Jurisprudência*, Ano 96, n.º 3259 (345-352); n.º 3260, 352.

<sup>2231</sup> Cf. o caso do artigo 1781.º, b).

por exemplo, o peso do factor do cuidado dos filhos assumiu particular relevância na atribuição dos alimentos, perguntamo-nos se, enquanto esse cuidado continuar, não se justificará que os bens do *de cuius* continuem a suportar o sustento do seu ex-cônjuge onerado com tal tarefa. Na verdade, não é só o facto de a necessidade do alimentando sobreviver à morte do seu ex-cônjuge, mas a fonte dessa necessidade que releva aqui. Neste contexto, assume protagonismo não um abstracto elo de solidariedade entre quem já foi casado, mas a assunção individual ou prioritária pelo alimentando de responsabilidades conjuntas, que conduz a uma situação de necessidade. Avulta aqui a consideração das repercussões patrimoniais das opções dos (ex-) cônjuges, que se justificaria que continuassem a ser sustentadas pelo património do obrigado. Não se trataria aqui de ficcionar uma personalidade jurídica póstuma que continuasse a sustentar a ideia de repartição das responsabilidades familiares. Todavia, e apesar destas considerações, onde a lei não distingue, não deve o intérprete distinguir e, neste particular ponto do regime, a lei é clara<sup>2232</sup>.

#### 4.1.2. Morte do alimentado

A morte do alimentado é, igualmente, causa de cessação da obrigação alimentar (art. 2013.<sup>o</sup>, n. 1, al. a)). O carácter pessoal do direito a alimentos surge novamente como o fundamento invocado e, portanto, como justificação para a inereditabilidade deste direito<sup>2233</sup>, estando em causa, os herdeiros do credor, desta feita. Todavia, a intransmissibilidade do *direito* a alimentos aos herdeiros do alimentado não levanta as mesmas objecções que vimos desenharem-se relativamente à inereditabilidade da *obrigação* de alimentos<sup>2234</sup>.

Na verdade, o elemento central – que justifica e modela a obrigação de alimentos – é a necessidade do credor de alimentos. Os recursos do obrigado, muitas vezes sendo referidos como um elemento de valor par na conformação da relação

---

<sup>2232</sup> Também não se deve fazer distinção quanto à *origem* da morte, ou seja, a cessação tem lugar ainda que estejamos perante caso de suicídio do devedor ou de morte que se deveu à sua imprudência ou negligência. Cristina Rolando, *Mantenimento e Alimenti*, 247.

<sup>2233</sup> Adriano P. S. Vaz Serra, *Obrigações de alimentos*, 171.

<sup>2234</sup> Vimos que no direito alemão se prevê expressamente a transmissibilidade da obrigação de alimentos pós-divórcio em caso de morte do obrigado (§1586b BGB). O mesmo não acontece, todavia, com a morte do alimentado. O §1586 BGB consagra a sua extinção nesta circunstância. O mesmo acontece no caso italiano, no qual, apesar da possibilidade facultada pelo art. 9bis Legge Div., em caso de morte do alimentado, o *assegno* extingue-se. Bonilini, *Manuale*, 230.

alimentícia, não são, na verdade, mais do que os meios para responder àquela necessidade. Deste modo, quando desaparece o titular do direito, desaparece o sujeito cuja necessidade sustentava a obrigação alimentícia e esta cai por terra<sup>2235</sup>.

Poder-se-á, todavia, pensar na situação dos herdeiros do alimentado que podem, eles próprios, carecer de alimentos. Ora, este facto não poderá ser invocado para sustentar a transmissibilidade da posição activa da relação alimentícia. De facto, durante a vida do alimentado, o montante de alimentos arbitrado terá tido em conta as necessidades deste e não dos seus herdeiros, ainda que integrassem o agregado daquele. Para além disso, configurando-se uma situação de necessidade apta a fazer funcionar o instituto alimentar, os herdeiros terão de os requerer àqueles que perante eles estão obrigados, nos termos do artigo 2009.º. Em última análise poderá ser o ex-cônjuge obrigado o devedor de alimentos destes herdeiros, mas tratar-se-á aqui de uma nova obrigação alimentar, moldada à luz da relação entre estes sujeitos e não a transmissão de uma obrigação pré-existente. É certo que a posição dos herdeiros do credor estará protegida no que diz respeito às prestações vencidas e não pagas até à morte do alimentado. Estas integraram o património deste e, nesta medida, constituem um crédito da herança.<sup>2236</sup>

#### **4.1.3. Carência de recursos do obrigado ou cessação da necessidade do alimentado**

A carência de recursos do obrigado pode atingir um nível em que a simples redução do montante ou modificação da forma de prestação deixam de ser viáveis para assegurarem a subsistência da prestação alimentícia. Neste caso, justificar-se-á a extinção da obrigação de alimentos. Não pode deixar de se remeter aqui para as considerações tecidas a propósito da redução da pensão alimentícia – a extinção em virtude da carência de recursos do obrigado não será mais do que o momento final desse *crescendo*.

Deste modo, enquanto a diminuição da necessidade conduzirá, à partida, ao decréscimo do montante da prestação, a ausência de necessidade justifica que esta prestação seja reduzida a zero. A obrigação de alimentos perde a sua razão de ser e

---

<sup>2235</sup> Quanto às despesas de funeral, ver Cap. I B.

<sup>2236</sup> L. P. Moitinho de Almeida, *Dos alimentos*, 271 e 288 e L. P. Moitinho de Almeida, *Os Alimentos no Código Civil*, 121.



extingue-se. Quanto os recursos do obrigado, estes são um meio para satisfazer as necessidades do alimentado e, portanto, a sua ausência tira viabilidade à obrigação.

As alterações no quadro destes dois elementos hábeis para conduzir à cessação da obrigação alimentícia terão de ser apreciadas com exigência. Na verdade, estes podem ser objecto de mutações reais ou de alterações aparentes que possam advir de manobras fraudulentas<sup>2237</sup> do credor que quer exacerbar a sua necessidade ou do devedor que pretende diminuir a sua disponibilidade financeira. Certo é que temos de conciliar aquilo que pode ser classificado como “condutas desordenadas” com a liberdade de conformação da própria vida – incluem-se aqui os casos de mudança de profissão para actividade que produza menor rendimento. Apesar de estarmos perante decisões voluntárias que importam a diminuição dos recursos disponíveis para prestar alimentos, podemos considerar que são legítimas<sup>2238</sup>.

Em último caso, porém, é possível recorrer aos instrumentos gerais: meios de conservação da garantia patrimonial (artigo 605.º ss)<sup>2239</sup> ou repetição do indevido (art. 476.º) relativamente aos alimentos pagos quando o alimentado já não se encontrava em situação de necessidade<sup>2240</sup>.

#### 4.1.4. Violação grave dos deveres para com o obrigado

O último caso de cessação no regime geral dos alimentos refere-se à “violação grave de deveres para com o obrigado”. Estamos, portanto, perante uma causa de cessação que se centra na apreciação da conduta do alimentado. Porém, a causa de cessação da alínea c) do artigo 2013.º nem sempre teve o mesmo conteúdo.

<sup>2237</sup> Cristina Rolando, *Mantenimento e Alimenti*, 244.

<sup>2238</sup> Linda D Elrod,.;, Robert G Spector, *A Review of the Year in Family Law*, 661 ss. dão-nos nota da decisão do Alaska que determinou a continuação do pagamento de alimentos pelo marido que deixou a profissão de dentista para cursar Medicina.

<sup>2239</sup> Neste sentido, no direito italiano, Cristina Rolando, *Mantenimento e Alimenti*, 244, que nota a posição da doutrina italiana de que, no caso de dissipação ou destruição de bens pelo obrigado a alimentos, só restaria utilizar os meios de tutela ordinária à disposição de qualquer credor. Massimo Dogliotti considera não ser possível a sua responsabilização, todavia. Massimo Dogliotti, *Doveri Familiari*, 175.

<sup>2240</sup> A solução de remeter para as regras do enriquecimento sem causa encontra-se no ordenamento jurídico alemão. Nina Dehtloff, *Familienrecht*, 214. Neste sentido, entre nós, Maria João Romão Carreiro Vaz Tomé, *O Direito à Pensão*, 380. Note-se que PEREIRA COELHO considerava que só quando se declarasse a cessação dos alimentos (judicialmente ou por acordo) o direito a alimentos terminara e, assim, não haveria obrigação de restituir os alimentos já recebidos antes daquela declaração ou da sua petição. Pereira Coelho, 1970, p. 364, nota 1, no sentido de Adriano P. S. Vaz Serra, *Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça*, 362 e 363.

Na versão original do Código Civil, a lei contava antes com a verificação dos “factos que legitimam a deserdação”<sup>2241</sup>, retomando assim a solução do n. 2 do artigo 179.º do Código de 1867. Esta referência, todavia, acabou por ser abandonada. A utilização da expressão mais plástica “violação grave dos deveres para com o obrigado” permite não só que se abandone a “vinculação *directa*” às causas de deserdação, mas cria também um espaço de conformação que não depende de causas pré-determinadas, permitindo a determinação em concreto dos comportamentos relevantes<sup>2242</sup>.

Tal não significa que os factos enunciados no artigo 2166.º, n.1, não sejam relevantes. Na verdade, estes configurarão situações de violação grave de deveres para com o obrigado. Todavia, há a possibilidade de ponderar em concreto a sua gravidade, em consonância com o direito que se pretende excluir. E abre-se a porta para a inclusão de outras condutas relevantes que não estejam plasmadas na enumeração daquele artigo.

Interessa aqui, todavia, precisar aquilo que devemos entender como “deveres para com o obrigado”. Na verdade, nos restantes casos de obrigação de alimentos que resultam do artigo 2009.º, subsiste uma relação de natureza familiar que liga os sujeitos e à qual muitas vezes está associada uma panóplia mais ou menos ampla de deveres<sup>2243</sup>. Ora, na situação que nos ocupa, estamos perante ex-cônjuges que, por definição, viverão uma não-relação, uma vez que o vínculo matrimonial foi dissolvido por divórcio<sup>2244</sup>. Não podemos remeter, assim, para os deveres conjugais previstos nos artigos 1672.º e ss. PEREIRA COELHO e GUILHERME DE OLIVEIRA manifestam a sua perplexidade face ao funcionamento de tal regra neste âmbito alimentar e reconhecem não ver quais possam ser estes deveres<sup>2245</sup>. Só poderemos estar, então, perante deveres gerais de abstenção que recaem sobre qualquer sujeito

---

<sup>2241</sup> Na proposta de VAZ SERRA, procedia-se à enumeração destes factos: a “obrigação de alimentos não existe ou, se já foram concedidos, cessa, quando o alimentando atentou contra a vida do obrigado ou contra a do cônjuge ou de um descendente ou ascendente do obrigado, ou quando denunciou caluniosamente ou testemunhou falsamente contra alguma das referidas pessoas relativamente a crime a que corresponda pena maior”. Adriano P. S. Vaz Serra, *Obrigações de alimentos*, 136.

<sup>2242</sup> Maria de Nazareth Lobato de Guimarães, *Alimentos*, 208.

<sup>2243</sup> Assim é claramente entre cônjuges (arts. 1672.º e ss.) e ascendentes e descendentes (art. 1874.º), entre os quais se estabelecem deveres pessoais de cuidado e respeito.

<sup>2244</sup> Não acontece o mesmo no âmbito da separação de pessoas e bens, uma vez que neste caso estamos perante a modificação da relação matrimonial, que apenas extingue os deveres de coabitação e assistência (art. 1795.º-A).

<sup>2245</sup> F. M. Pereira Coelho, Guilherme de Oliveira; *Curso*, 706.

face aos direitos absolutos do obrigado, nomeadamente os seus direitos de personalidade ou os seus direitos reais.

#### 4.2. CAUSAS DE CESSAÇÃO ESPECÍFICAS DO REGIME DOS ALIMENTOS ENTRE EX-CÔNJUGES

##### 4.2.1. Novo casamento do alimentado

O artigo 2019.º inaugura as causas de cessação privativas da obrigação alimentar pós-conjugal com a referência ao “novo casamento do alimentado”. Centra-se, portanto, na figura do credor de alimentos, abrangendo hoje neutralmente quer homem quer mulher, ao contrário do que já havia sido a interpretação de CUNHA GONÇALVES, focada apenas no casamento da mulher<sup>2246</sup>.

A regra da cessação da obrigação de alimentos com o novo casamento do alimentado é praticamente universal<sup>2247</sup>, embora nem sempre apareça com as mesmas roupagens<sup>2248</sup>. De facto, apesar de encontrarmos maioritariamente casos de *cessação automática* que resultam da lei e entre os quais se conta a regra do artigo 2019.º CC, que consagra um caso de cessação *ipso iure*, também há ordens jurídicas em que se concede aos tribunais alguma margem de apreciação relativamente à relevância deste facto para efeitos de extinção dos alimentos pós-divórcio. Assim, podem identificar-se os casos em que os tribunais consideram que o novo casamento constitui um caso de cessação *prima facie* da obrigação alimentícia, mas em que se admite a sua permanência em casos excepcionais<sup>2249</sup>; e pode isolar-se o entendimento judicial de que o novo casamento é apenas um factor a considerar, uma alteração das circunstâncias, que pode dar lugar à extinção do dever de prestar alimentos<sup>2250</sup>.

---

<sup>2246</sup> Luiz da Cunha Gonçalves, Tratado de Direito Civil, vol. VII, 124.

<sup>2247</sup> Cf. §1586 BGB, art. 5, §10 Legge Div., §75 da Ehegesetz austríaca. Quanto aos Estados norte-americanos, STARNES tira a mesma conclusão. Cynthia Lee Starnes, *One More Time*, 973 e 981.

<sup>2248</sup> Seguiremos de perto a análise de Starnes quanto à tipologia destas normas. Cynthia Lee Starnes, *One More Time*, 977 e 978.

<sup>2249</sup> O ALI, nos seus *Principles of the Law of Family Dissolution*, optou por este tipo de solução, quando no §5.07 (1) e (2) abriu a possibilidade dos *compensatory payments* não se extinguirem por morte ou novo casamento se a decisão original o tivesse previsto ou o tribunal vem a estabelecer que tal redundaria numa “injustiça substancial”.

<sup>2250</sup> Cynthia Lee Starnes, *One More Time*, 978 a 980.

Ora, a verdade é que o advento de uma nova relação matrimonial como fundamento para eliminar a obrigação do anterior cônjuge, embora constante no contexto de diferentes modelos de casamento e de divórcio, nem sempre assumiu o mesmo significado.

Nas concepções mais tradicionais, entendia-se que o marido tinha uma obrigação vitalícia de sustento<sup>2251</sup>. Esta responsabilidade legal e moral pela mulher dependente acabava com o novo casamento desta, por meio do qual se procedia à substituição do seu marido, provedor “necessário, mas fungível”<sup>2252</sup>. Com a institucionalização do divórcio fundado na culpa, a obrigação alimentícia é arbitrada a favor do cônjuge inocente (ou menos culpado), em função da violação dos deveres conjugais e está, *grosso modo* ligada a uma ideia de incumprimento do *contrato* matrimonial<sup>2253</sup>. Entre nós, o modelo do divórcio fundado na culpa foi, porém, totalmente abandonado desde a Reforma de 2008, daí que os argumentos subjacentes à lógica da cessação da obrigação de alimento não sejam aqui mobilizáveis. De todo o modo, ainda quando esse foi o (ou parte do) modelo vigente, tratámos já da dificuldade que há em estabelecer a analogia com as regras do contrato e do seu incumprimento para compreender as consequências do divórcio<sup>2254</sup>.

Se queremos entender o alcance do novo casamento como causa de cessação, teremos de o fazer sob a égide do divórcio-ruptura e à luz dos argumentos que, em diversos ordenamentos jurídicos, podem ser mobilizados mesmo ao abrigo deste modelo.

Em primeiro lugar, encontramos *razões de carácter económico*<sup>2255</sup>. Na verdade, com o novo casamento, surge um novo provedor<sup>2256</sup>, um novo sujeito vinculado pelo dever conjugal de assistência, que estará obrigado a responder às necessidades do seu consorte, nos termos dos artigos 1675.º e 1676.º. Ora, no nosso

---

<sup>2251</sup> Cf. Pereira Coelho, Curso, 1970, 358.

<sup>2252</sup> Cynthia Lee Starnes, *One More Time*, 984.

<sup>2253</sup> Cynthia Lee Starnes, *One More Time*, 985.

<sup>2254</sup> Cf. Cap I, A.

<sup>2255</sup> Partiremos da classificação inicial de STARNES, que subsume as justificações para a consagração desta regra a duas categorias diferentes – i) justificações de cariz económico; ii) justificações de ordem ética e/ou moral –, mas convocaremos também outros argumentos que, aliás, também são avançados pela Autora, para estendermos a tipologia inicial. Cynthia Lee Starnes, *One More Time*, *passim*.

<sup>2256</sup> Confirmando ser este o fundamento para a regra da cessação com o novo casamento no direito italiano, ver C. Massimo Bianca, *Diritto Civile*, 255, e Tommaso Auletta, *Diritto di Famiglia*, 257.

sistema, determinámos já que a matriz essencial dos alimentos pós-divórcio no ordenamento jurídico português é de origem solidarística e, portanto, sustentável só com base na “necessidade” em sentido estrito. Assim, dir-se-ia só poder ser o desaparecimento desta a justificação bastante para a regra da cessação com o novo casamento – na ausência de necessidade, cairia o fundamento da obrigação de alimentos. Todavia, também ao abrigo deste conceito, é difícil explicar cabalmente esta regra de cessação, porque, esta eliminação da necessidade não se avalia – e a cessação é automática. Na verdade, o novo casamento, como explica STARNES, pode mascarar, mas não eliminar a necessidade<sup>2257</sup>.

Ainda dentro dos argumentos de extracção económica, o ALI invoca, ao abrigo do seu modelo de *compensatory payments*, a necessidade de evitar riscos de sobrecompensação. Na verdade, o ALI invoca aqui a ideia de que o casamento combina *recompensas* de natureza económica e não económica e que o novo casamento – e as “qualidades pessoais e financeiras” do novo cônjuge – resolveria o problema das perdas a este nível<sup>2258</sup>. Porém, este argumento não funciona também no contexto dos nossos alimentos pós-conjugais. Em primeiro lugar, porque a concepção que prevalece é a dos alimentos solidarísticos, que podem ser determinados em função de uma noção mais estrita de necessidade. Portanto, esta ou existe e é em função desta que são concedidos alimentos ou não existe e este será o fundamento para a cessação daqueles, sem que possa haver lugar a uma *sobrecarga* de recursos dirigida ao alimentando.

Já se tivéssemos vertente compensatória residual em mente (que aliás, admitimos, com carácter subordinado, ou sejam ainda ancorada a numa concepção de necessidade), também se afigura difícil perceber em que medida o novo casamento – só por si – iria *sobrecompensar* o alimentando. Aliás, quando o ALI avançou (com o fito de defender a dama da cessação dos seus *compensatory payments* pelo novo casamento) que a responsabilidade pelo prejuízo termina com o novo casamento<sup>2259</sup>, acabou por não oferecer explicação bastante<sup>2260</sup>. Também não vemos como pode ser aplicada no nosso contexto. Na verdade, se há algum tipo de prejuízo – ou de necessidade acrescida – que os alimentos pós-conjugais visam

---

<sup>2257</sup> Cynthia Lee Starnes, *One More Time*, 990.

<sup>2258</sup> ALI, *Principles of the Law*, 860.

<sup>2259</sup> ALI, *Principles of the Law*, 860.

<sup>2260</sup> Cynthia Lee Starnes, *One More Time*, 993.

responder e que é imputável à relação com o ex-cônjuge, não se vê porque é que a nova relação matrimonial tem de lhe dar resposta<sup>2261</sup>. Para além disso, não entra no âmbito da nossa figura alimentar a ideia de resposta a um dano psicológico, vocacionada que está para responder a uma situação de necessidade. Entre nós, a inadequação da regra da cessação com o novo casamento do alimentado, mas desta feita ao abrigo de uma concepção indemnizatória dos alimentos, havia também sido já notada por PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, porque poderia ser invocado que o direito à indemnização não poderia ficar na dependência do comportamento posterior do alimentado<sup>2262</sup>.

Em segundo lugar, encontramos as *justificações de ordem ética e moral*. Neste campo, a cessação da obrigação alimentícia com o novo casamento do credor aparece como um meio de preservar a integridade do novo casamento. Foi este um dos argumentos avançados pelo ALI<sup>2263</sup>, que se baseia em concepções históricas de que a “mulher só pode pertencer a um marido de cada vez”, apesar de a sua tentativa de refundar as prestações económicas pós-divórcio se inserir numa linha pós-moderna de argumentação<sup>2264</sup>. Na verdade, este argumento remete para a ideia de que *direitos* simultâneos de sustento originam uma situação próxima da poligamia. Tal discurso, todavia, não é desenvolvido relativamente ao novo casamento do devedor, também ele criador de um novo vínculo familiar para este, que pode fazer emergir *obrigações* simultâneas de sustento.<sup>2265</sup> Face ao actual entendimento do conteúdo do casamento e das consequências do divórcio, nomeadamente a extinção dos deveres conjugais pessoais, estas ideias não são mobilizáveis para justificar a regra de cessação com o novo casamento.

Por último, encontramos a razão que terá, segundo a nossa opinião, maior peso para sustentar a vigência desta norma. Poderemos classificá-la como uma *razão de carácter (mais marcadamente) jurídico*. Esta reside na ideia de que o credor de alimentos, ao contrair novo casamento, efectua uma *escolha que implica a*

---

<sup>2261</sup> Note-se que a cessação com o novo casamento do beneficiário dos *compensatory payments* não funcionará se estivermos perante *restitution-based awards*. ALI, *Principles of the Law*, 860.

<sup>2262</sup> Pires de Lima; Antunes Varela, *Código Civil Anotado*, vol. V, 617.

<sup>2263</sup> ALI, *Principles of the Law*, 860.

<sup>2264</sup> Cynthia Lee Starnes, *One More Time*, 992.

<sup>2265</sup> Esta diferença de tratamento dos novos vínculos matrimoniais consoante o sujeito (com a consideração muda do género) surge de forma mais aguda quando, no contexto anglo-saxónico, se recorre à referência à prostituição. Cynthia Lee Starnes, *One More Time*, 996.

*renúncia* aos alimentos<sup>2266</sup>. Opta por substituir um vínculo de solidariedade por outro<sup>2267</sup>, independentemente de o mais recente não ser apto a satisfazer as suas necessidades. É certo que se poderá contrapor que a lei não teria de excluir necessariamente a pluralidade de sujeitos vinculados, como não o faz noutros contextos. E, por isso, poderá também avançar-se que não existe uma verdadeira escolha, tendo em conta que o novo casamento não teria logicamente de implicar esta desistência. A referência à escolha, segundo esta concepção, descreve mais uma consequência do que explica a solução<sup>2268</sup>. Daí que percebamos a dúvida manifestada por Salter Cid quanto à constitucionalidade deste preceito, por violação do artigo 36.º, n. 1, CRP, em conjugação com o princípio da proporcionalidade (art. 18.º, n. 2 CRP). De facto, o Autor não encontra “fundamento razoável” para o facto de se exercer o direito fundamental de contrair casamento implique a perda do direito, se estiverem preenchidos os seus pressupostos<sup>2269</sup>.

Pensamos, todavia, que este argumento é aquele mais capaz de justificar a regra da cessação dos alimentos pós-conjugais, quando assumem a sua configuração prevalente de alimentos solidarísticos. Na verdade, o alimentado aceita substituir um vínculo de base solidarística, enfraquecido pela dissolução do vínculo conjugal, por um título mais forte, fundado num novo *status* e, em princípio, numa verdadeira comunidade de vida, a que o ex-cônjuge tem de ser alheio.

Não nos parece, todavia, que, quando os alimentos apresentam contornos fortemente compensatórios, este argumento valha da mesma forma. Na verdade, a ideia de responsabilidade que está na base destes não se transfere para a esfera do novo cônjuge. Por exemplo, se estes são concedidos em atenção ao cuidado particularmente exigente de filhos comuns, a responsabilidade partilhada que os funda continua a imputar-se aos mesmos sujeitos, os ex-cônjuges.

A consideração da natureza dos alimentos como fundamento para criar soluções diferenciadas no que diz respeito à subsistência da obrigação alimentícia não é de todo inédita. Ao nível jurisprudencial, podemos assistir a esta abertura na *case law* norte-americana que acolhe a figura dos *reimbursement alimony*<sup>2270</sup> ou

<sup>2266</sup> Este argumento foi explorado pela primeira vez pelo Supremo Tribunal do Nebraska em *Wolter v. Wolter* 183 Neb. 160 (Neb. 1968). Cynthia Lee Starnes, *One More Time*, 996.

<sup>2267</sup> Ver F. M. Pereira Coelho, Guilherme de Oliveira; *Curso*, 706.

<sup>2268</sup> Cf. Cynthia Lee Starnes, *One More Time*, 998.

<sup>2269</sup> Nuno de Salter Cid, *A Comunhão de Vida*, 576.

<sup>2270</sup> Cf. Cap. I A. Ver *In Re Marriage of Francis*, N.W.2d 59 (1989).

mesmo dos *rehabilitative alimony*<sup>2271</sup>, no âmbito dos quais já se aceitou que o novo casamento não extinga a anterior obrigação alimentícia. Do ponto de vista do acolhimento legislativo, parece ser de assinalar a solução alemã do §1586a BGB. Aqui prevê-se que uma obrigação de alimentos que se tenha extinguido em virtude de novo casamento que se tenha entretanto dissolvido possa renascer se o requerente tem ao seu cuidado filhos do primeiro casamento<sup>2272</sup>. Parece, assim, que a percepção da existência de uma *responsabilidade partilhada* justifica soluções legais diversas. Na verdade, apesar de não se ter ido ao ponto de afastar a cessação do *Betreuungsunterhalt* em virtude do novo casamento, reconhece-se que a co-responsabilidade (*Mitverantwortung*) inerente aos alimentos fundados no cuidado dos filhos justifica que estes venham a ser assumidos mais tarde pelo cônjuge co-progenitor<sup>2273</sup>.

Não podemos, todavia, deixar aqui de concluir que qualquer possibilidade de distinção, de acordo com a função desempenhada pela concreta obrigação de alimentos, não nos é aberta pela lei positivada, que enuncia a celebração do novo casamento como causa automática de cessação da obrigação alimentar, sem espaço para ponderações daquela índole.

#### 4.2.2. União de facto do alimentado

A união de facto do alimentado é a mais nova causa de cessação da obrigação de alimentos pós-divórcio. Na verdade, esta circunstância passou a figurar no artigo 2019.º apenas a partir de 2010, ano em que foi publicada e entrou em vigor a Lei n. 23/2010, de 30 de Agosto, que reviu a Lei de Protecção das Uniões de Facto (Lei n. 7/2001, de 11 de Maio). Não é, assim, um produto da reforma do divórcio, mas sim da actualização do regime da união de facto. O facto de ter sido introduzida com esta lei diz-nos mais sobre o entendimento que o legislador faz hoje da união de facto (e

---

<sup>2271</sup> Frye v. Frye, 385 So.2d 1383 (Fla. Dist. Ct. App. 1980)

<sup>2272</sup> A norma refere-se tanto ao casamento como à *Lebenspartnerschaft*.

<sup>2273</sup> Helmut Büttner, Johanssen/Henrich *Familienrecht*, 566, 567.



da sua aproximação do casamento)<sup>2274</sup> do que espelha uma ponderação relativa às consequências do divórcio<sup>2275</sup>.

A introdução recente da união de facto no elenco do artigo 2019.º não significa, todavia, que em momentos anteriores fosse ignorada para efeitos de subsistência da prestação de alimentos fixada. As tentativas de realizar o seu enquadramento foram várias, embora com sentidos diferentes. Podem, todavia, identificar-se três propostas principais: a consideração da união de facto como uma “alteração das circunstâncias”; a identificação desta realidade com um comportamento indigno do alimentado, e; a equiparação ao novo casamento do credor de alimentos.

Para quem entendia que a união de facto configurava uma alteração de circunstâncias, esta era relevante ao nível da norma do artigo 2013.º, n. 1, b). Via-se na união de facto uma situação que eliminaria a necessidade, em virtude da partilha de recursos presentes. É certo que, já então como agora, não resultava da união de facto um dever de sustento para os companheiros, embora, a partilha de recursos seja conatural a esta figura. Todavia, nada garantia (nem garante, aliás) que esta partilha de recursos eliminasse a necessidade<sup>2276,2277</sup>

Foi igualmente digna de nota a posição que, adoptando juízos de coloração moral relativamente à união de facto, a considerou um “comportamento indigno” do alimentado, circunstância que, nos termos do artigo 2019.º determina a cessação da obrigação de alimentos pós-divórcio. Terá sido esta, aliás, a situação a que o legislador se quis referir quando cunhou a expressão e que recebeu relevante acolhimento jurisprudencial<sup>2278</sup>. Todavia, estamos perante um conceito

---

<sup>2274</sup> A propósito da aproximação da união de facto ao casamento, ver Rosa Cândido Martins, *La muerte del matrimonio*, 331-333.

<sup>2275</sup> Na verdade, Guilherme de Oliveira dá nota de a lei de 2010 ter pretendido eliminar um tratamento de desfavor do novo casamento em relação à união de facto, que aliás a nossa doutrina já assinalava (N. Salter Cid, *A comunhão de vida*, 575-577; F. M. Pereira Coelho, Guilherme de Oliveira; *Curso*, 76 a 78.) Guilherme de Oliveira, *Notas sobre a Lei n.º 23/2010*.

<sup>2276</sup> Cf. Cap I B.

<sup>2277</sup> Ver F. M. Pereira Coelho, Guilherme de Oliveira; *Curso*, 707. VAZ TOMÉ também avançava que “se negamos a influência dos alimentos prestados ao necessitado pela família de sangue na determinação da obrigação de alimentos, devemos negar também essa influência aos alimentos prestados pelo cônjuge de facto” e considerava que a solução traduzia “uma reacção emotiva de reprobção do concubinato, resultante de um discurso não conduzido em termos racionais”. Mas a Autora acaba por distinguir a situação da convivência *more uxório*, na medida em que, implicando a comunhão de vida própria dos cônjuges, constituiria “uma verdadeira alternativa à comunhão conjugal.” Maria João Romão Carreiro Vaz Tomé, *O Direito à Pensão*, 378.

<sup>2278</sup> Cf. *infra*.

indeterminado, passível de uma concretização evolutiva, em virtude das concepções sociais, éticas e morais, que vigoram no seu tempo. Assim, uma interpretação actualista da norma a breve trecho deixou de suportar este sentido<sup>2279</sup>. Na verdade, a letra escarlate da indignidade já não podia, mesmo em data anterior a 2008, ser associada à união de facto. O entendimento jurídico e social da união de facto de pessoa divorciada já não o permitia. Em primeiro lugar, depois do divórcio não subsistia um dever conjugal de fidelidade que obstasse a uma nova relação de índole análoga à dos cônjuges. Em segundo lugar, a percepção social da união de facto também já não é negativa.

Por fim, era possível encontrar a posição que defendia a interpretação extensiva<sup>2280</sup> ou a aplicação analógica<sup>2281</sup> da expressão “novo casamento”, já presente no artigo 2019.º, para aí incluir a figura da união de facto. A esta proposta contrapunha-se o facto de à união de facto não se associar um novo dever de assistência, à semelhança daquele emergente do casamento.<sup>2282</sup>

Com a autonomização em 2010 como causa de cessação, a união de facto libertou-se destas tentativas de enquadramento e assumiu relevância autónoma, beneficiando também da definição do seu conceito que é dada pelo revisto artigo 1.º, n. 2, da Lei 7/2001, de 11 de Maio<sup>2283</sup>. Aproxima-se, assim, mais do tratamento formalizado e paritário relativamente ao casamento que é dado às relações de parcerias registadas, nos países em que estas são reguladas, do que do posicionamento das meras relações informais<sup>2284</sup>. Para esta consagração, o legislador terá sido sensível aos argumentos que consideravam que a sua omissão penalizava comparativamente mais aqueles que contraíam novo casamento e que

<sup>2279</sup> Neste sentido, ver Maria João Romão Carreiro Vaz Tomé, *O Direito à Pensão*, 377.

<sup>2280</sup> Neste sentido, Maria João Romão Carreiro Vaz Tomé, *Considerações sobre alguns efeitos patrimoniais*, 165, nota 29, que já se manifestara anteriormente a favor desta posição em Maria João Romão Carreiro Vaz Tomé, *O Direito à Pensão*, 375.

<sup>2281</sup> Nuno de Salter Cid, *A comunhão de vida*, 575 a 577.

<sup>2282</sup> Segundo VAZ TOMÉ, a opção por qualquer uma destas visões comportava consequências. Na verdade, enquanto a cessação ao abrigo do artigo 2013.º, n. 1, b) admite o ressurgimento da obrigação alimentícia, se a necessidade voltasse a emergir uma vez extinta a união de facto, as duas últimas concepções conduziram à cessação definitiva. Maria João Romão Carreiro Vaz Tomé, *O Direito à Pensão*, 378. Note-se que a Autora se apoia na Doutrina italiana e, no âmbito deste ordenamento jurídico, resulta claramente da lei que não pode renascer o direito a alimentos do cônjuge que casou novamente e cujo casamento entretanto se dissolveu (artigo 5 § 10 Legge Div.)

<sup>2283</sup> Note-se que a definição do que constituiria uma “relação informal duradoura” com relevância para efeitos de cessação da obrigação alimentícia foi um dos problemas apontados nos vários ordenamentos jurídicos que integram a CEFL e participaram na elaboração dos *Principles of European Family Law Regarding Divorce and Maintenance Between Former Spouses*. Katharina Boele-Woelki et al., *Principles of European Family Law*, 119 e 123. O ordenamento jurídico português, todavia, dá-nos essa definição.

<sup>2284</sup> Cf. Katharina Boele-Woelki et al., *Principles of European Family Law*, 118 e 122.

motivava situações fraudulentas em que se mantinha a situação de união de facto com o mero intuito de não perder o direito a alimentos<sup>2285</sup>.

A justificação para a consagração desta causa (automática) de cessação não parece evidente<sup>2286</sup>. Uma averiguação breve, todavia, pode beneficiar de uma análise à luz do guião fornecido pelos fundamentos avançados para ancorar a mesma solução a propósito do “novo casamento”.

Do lado dos *argumentos de natureza económica*, há que notar que, apesar de com o novo companheiro podermos estar perante um novo provedor *de facto*, tendo em conta a partilha de recursos inerente à união de facto, nem sempre a partilha de recursos significa a eliminação da situação de necessidade. Ora, com a redacção de 2010 do artigo 2019.º, e se foi esta a *ratio* da alteração, consagrou-se uma presunção inilidível de falta de necessidade associada à união de facto.

As *justificações de ordem ética e moral* estribadas na inadmissibilidade de *direitos* simultâneos de sustento, se já suscitam reticências relativamente ao novo casamento, também o farão no âmbito da união de facto. Na realidade, neste caso, não estamos perante uma nova obrigação de sustento que pese sobre o companheiro. Da união de facto não resulta uma panóplia de deveres equiparados aos deveres conjugais, inclusivamente um dever de assistência. Aliás, neste quadro resulta evidente a existência de um dever por parte do ex-cônjuge face a um não-dever do companheiro. Outro argumento que parece assumir as mesmas colorações de reprovação social infundada é o que sustenta que esta solução impede o novo membro da união de facto de beneficiar dos alimentos prestados pelo ex-cônjuge<sup>2287</sup>. Ora, também este não nos parece mobilizável, uma vez que os alimentos são determinados em função das necessidades do alimentado *apenas*.

Por fim, poderemos atentar na ideia de que o alimentado, ao iniciar a vida em união de facto, efectua uma *escolha que implica a renúncia* aos alimentos pós-divórcio. Ora, apesar das críticas que já vimos desenharem-se relativamente a este

---

<sup>2285</sup> O argumento da equiparação ao casamento para responder às situações em que o credor não contrai casamento intencionalmente para manter a pensão alimentícia é avançado também pela CEFL, Katharina Boele-Woelki et al., *Principles of European Family Law*, 123. Enunciando estes argumentos, ver Maria João Romão Carreiro Vaz Tomé, *O Direito à Pensão*, 375.

<sup>2286</sup> A causa é automática no sentido em que não depende de ponderação, no entanto, tendo em conta a ausência de formalização da união de facto, pensamos que terá de haver reconhecimento da situação e sentença judicial nesse sentido.

<sup>2287</sup> Maria João Romão Carreiro Vaz Tomé, *O Direito à Pensão*, 378.

argumento e de as conclusões não serem imediatamente decalcáveis, pensamos ser de lhe conceder algum peso. De facto quando os alimentos, como será a regra, apresentarem uma configuração marcadamente solidarística, apesar de a união de facto não criar um vínculo jurídico que se contraponha à anterior relação matrimonial, originam uma situação de comunhão de vida que se quer “análoga à dos cônjuges”, e na qual a permanência de um vínculo de solidariedade com um terceiro introduziria um elemento disruptivo. É, portanto, a própria valorização da união de facto enquanto relação paramatrimonial que o justifica<sup>2288</sup>. Já se a tónica estiver numa função compensatória, a mesma ideia de partilha de responsabilidade entre os ex-cônjuges sustentaria abrir uma excepção (que, todavia, não foi consagrada) que permitisse a sobrevivência dos alimentos.

Apesar de alguma incerteza quanto ao fundamento que está na base da opção legislativa, a união de facto do alimentado (ou figuras a ela equiparáveis) como causa de cessação da obrigação de alimentos é uma presença forte em vários ordenamentos jurídicos<sup>2289</sup>. Estaremos aqui, porventura, perante aquilo que STARNES classifica como fundamentos de “natureza intuitiva”<sup>2290</sup> para a cessação da obrigação de alimentos, que se prendem com a crescente equiparação da união de facto ao casamento.

#### 4.2.3. Comportamento moral que o torne indigno do benefício

A última causa de cessação prevista no artigo 2019.º refere-se ao facto de o alimentado se tornar “indigno do benefício pelo seu comportamento moral”. Trata-se de uma expressão que, marcada pela matriz solidarística dos alimentos, os apresenta como um “benefício”, um *dom* a cargo do devedor, mais do que o cumprimento de um dever assente na responsabilidade do obrigado.

A mesma causa de cessação encontrava-se prevista nos mesmos termos no artigo 32.º-2 da Lei do Divórcio de 1910 e, já então, uma doutrina e uma

---

<sup>2288</sup> Pensamos ser neste sentido que podemos interpretar a posição de OLIVEIRA de que “parece insólito que se mantenha uma prestação derivada de uma situação familiar prévia, que foi substituída por uma nova situação familiar, ainda que não fundada no casamento”. Guilherme de Oliveira, *Notas sobre a Lei n.º 23/2010*, pp. 139-153.

<sup>2289</sup> Vejam-se o §1586 (1) BGB, que prevê a extinção da obrigação alimentar na eventualidade de *Lebenspartnerschaft* do credor de alimentos ou o art. 1:160 do Código Civil.

<sup>2290</sup> Cynthia Lee Starnes, *One More Time*, 974, 994 e 999.

jurisprudência díspares espelhavam a dificuldade de estabelecer o sentido preciso do preceito<sup>2291</sup>. Também quanto à definição dos seus destinatários, os autores da época dividiam-se relativamente à aceitação de uma dualidade dos padrões de moralidade aplicados a cônjuge-marido e cônjuge-mulher, com CUNHA GONÇALVES a sustentar esta distinção<sup>2292</sup> e MOITINHO DE ALMEIDA refutando-a<sup>2293</sup>. Esta controvérsia, todavia, não tem qualquer lugar no contexto do direito matrimonial erigido sobre a base do princípio da igualdade, que resultou da reforma de 1977, que não pode deixar de aplicar a ambos os cônjuges – agora já não necessariamente distintos em termos de género – estas exigências.

A definição temporal do “comportamento” que aqui seria relevante também nos parece ter sido ultrapassada face aos novos dados surgidos da Reforma de 2008. Na verdade, discutia-se se o mau porte deveria ser posterior ao pedido de alimentos ou poderia ser contemporâneo deste e qual o relevo que deveria ser dado ao comportamento causador do divórcio <sup>2294</sup>. Ora, parece que a resposta aos comportamentos anteriores ao divórcio é agora dada pela norma do artigo 2016.º, n. 3 e o seu crivo das razões de equidade. Na verdade, qualquer comportamento anterior terá de passar por esta prova, só fazendo sentido equacionar em momento posterior os comportamentos subsequentes.

Importa ainda concretizar aquilo que se entende por um comportamento *moral* que torna o alimentando *indigno* do benefício de receber alimentos do seu ex-cônjuge. Esta, todavia, é uma tarefa que não se afigura fácil, o que originou uma Doutrina e uma Jurisprudência ambígua sobre o tema. Na verdade, é uma expressão que combina vários conceitos indeterminados, com conotações de ordem marcadamente ética e moral e, portanto, passível de diversas concretizações, em

---

<sup>2291</sup> Neste sentido, L. P. Moitinho de Almeida, *Os Alimentos no Código Civil*, 124.

<sup>2292</sup> Cunha Gonçalves, *Tratado*, vol. VII, p. 124.

<sup>2293</sup> L. P. Moitinho de Almeida, *Dos alimentos*, 288, e L. P. Moitinho de Almeida, *Os Alimentos no Código Civil*, 121. O Autor considera esta posição injusta e em desarmonia com o princípio “*ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*”.

<sup>2294</sup> No sentido de que não relevava o mau comportamento que tivesse dado causa ao divórcio, ainda que a sua causa principal, mas só o mau comportamento contemporâneo ou posterior ao pedido de alimentos, V.J. Alberto dos Reis e F. A. Pires de Lima – Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 24 de Julho de 1945, Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 24 de Julho de 1945, «*Revista de Legislação e Jurisprudência*», 78.º, p. 391-397, que trata da conciliação do artigo 29.º com o artigo 32.º, n.º 2, da Lei do Divórcio de 1910, que considera que ao adultério cometido durante o casamento caberia a sanção do divórcio e só se persistisse este mau comportamento depois do divórcio cessaria aquela obrigação, e Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 11 de Julho de 1950, Boletim do Ministério da Justiça, n.º 20, p. 351ss, especialmente p. 396, F. M. Pereira Coelho, *Curso de Direito de Família*, vol. I, 1970, p. 365, Maria João Romão Carreiro Vaz Tomé, *O Direito à Pensão*, 377, L. P. Moitinho de Almeida, *Dos alimentos*, 288, e L. P. Moitinho de Almeida, *Os Alimentos no Código Civil*, 121.

função de uma série de variáveis de natureza objectiva e subjectiva, de inserção temporal, espacial e temporal e da assimilação que o intérprete faz destas. Não podemos, todavia, deixar de tentar determinar o alcance desta norma. Na verdade, ao contrário do caso claro do novo casamento, que funciona *ope legis*, esta causa estará dependente de pronúncia judicial e de um juízo de apreciação.

Adoptando uma primeira aproximação de índole negativa – da definição do que *não* é um destes comportamentos – podemos proceder à exclusão da união de facto. Em primeiro lugar, e como já tivemos oportunidade de tratar, iniciar e viver numa relação de união de facto não pode hoje considerar-se um comportamento atentatório de padrões morais que sustentem um juízo de indignidade. Em segundo lugar, ainda que dúvidas houvesse, a união de facto é hoje tratada como causa de cessação autónoma, não se justificando, do ponto de vista técnico levar a cabo uma dupla inserção. Poder-se-ia tentar aqui incluir situações de concubinato duradouro, que representam um *minus* relativamente à união de facto, ou mesmo relacionamentos de cariz sexual mais esporádico. Na verdade, foi com este tipo de casos em mente, ao lado da convivência *more uxorio*, que a Lei do Divórcio de 1910 introduziu esta causa de cessação<sup>2295</sup>. Todavia, também estas situações (porque não subsiste o dever de fidelidade no caso de divórcio) não podem ser objecto da mencionada censura moral. Na verdade, nem representam a violação de qualquer dever conjugal<sup>2296</sup>, nem têm de configurar comportamentos indigno, podendo antes ser expressão de um direito à auto-determinação do alimentado<sup>2297</sup>. Importa, assim, perceber o que pode configurar um comportamento moral fonte da indignidade para receber alimentos de outrem lançando mão de uma interpretação actualista deste preceito.

No regime alimentar alemão, encontramos duas normas homólogas da parte final do artigo 2019.º. Na verdade, a função prosseguida por esta causa de cessação – a de libertar o devedor de alimentos de um esforço solidarístico que o legislador considera não lhe ser exigível – é desempenhada pela norma do §1579 BGB, de que

---

<sup>2295</sup> Cf. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 11 de Julho de 1950, Boletim do Ministério da Justiça, n.º 20, p. 351-354, que aceita a “mancebia notória” como desvio ao “bom comportamento moral”, embora acabe por não lhe dar relevância em virtude de ser um comportamento passado.

<sup>2296</sup> Este argumento – porque centrado no dever – também já seria oponível ao funcionamento da causa do artigo 2013.º, n. 1, al. c).

<sup>2297</sup> Já em 1970, Pereira Coelho recusava que o juiz não deveria ser demasiadamente rígido na aplicação do preceito. Considerava, em primeiro lugar, que o comportamento visado não teria de ser necessariamente desta índole e que ao considerar as situações de mancebia, haveria que ter em mente que o dever de fidelidade conjugal já não subsiste depois do divórcio, ao contrário da separação. F. M. Pereira Coelho, *Curso de Direito de Família*, vol. I, 1970, p. 365.

já tratámos, e que é a base para considerar qualquer comportamento reprovável do alimentado<sup>2298</sup>, bem como outros factores<sup>2299</sup> que justificam a inexigibilidade da prestação alimentícia. Para além disso, o §1578b avança com uma cláusula que permite acolher genericamente situações que tornassem a recepção dos alimentos inequitativa. Combina-se assim a definição por parte do legislador de exemplos parametrizadores, com um espaço de concretização deixado ao prudente arbítrio do decisor. No caso português, o decisor só se movimenta neste segundo plano.

O termo “indignidade” não é, todavia, estranho ao nosso ordenamento jurídico. Encontramos a indignidade como fundamento para a ausência de capacidade sucessória, geradora, portanto, da falta de idoneidade para suceder. Tais comportamentos indignos encontram-se enunciados no artigo 2034.º e revestem uma maior gravidade do que aqueles que são fundamento de deserção (artigo 2166.º). Ora, apesar de não ser possível operar uma identificação automática entre a idoneidade para suceder e a idoneidade para *beneficiar* de uma prestação alimentícia, aquela pode constituir uma referência no preenchimento do conteúdo da fórmula “comportamento indigno”<sup>2300</sup>.

Há ainda outra referência incontornável para o intérprete com vista à concretização desta causa de cessação, desta feita, ainda mais próxima. Na verdade, a referência ao “comportamento moral” que torna o obrigado indigno do benefício é claramente reminescente daquela que encontramos no artigo 2013.º, n.1, al. c) para a obrigação alimentícia geral – “[q]uando o credor viole gravemente os seus deveres para com o obrigado”. Para MARIA DE NAZARETH LOBATO DE GUIMARÃES as situações subsumíveis a esta causa do artigo 2019.º também se enquadrariam na do artigo 2013.º. Para a Autora, a causa do artigo 2019.º exibe um “sabor de censura moral”, já que à má conduta equivaleria a violação grave de deveres<sup>2301</sup>.

Não nos parece que possamos operar esta identificação de forma tão rápida. O teor literal do artigo 2019.º é bastante mais amplo. Assim, além da violação de deveres face ao seu ex-cônjuge (que já estariam cobertos pela regra do artigo 2013.º, n. 1, al. c)), parecem ser de incluir outros comportamentos. Na verdade,

---

<sup>2298</sup> Sobre a relação entre os §§ 1578b e 1579, ver Martin Menne, Die Unterhaltsrechtsreform, 182 e Kathrin Kroll, The Reform, 96.

<sup>2299</sup> Por exemplo, a curta duração do casamento. Kathrin Kroll, The Reform, 96.

<sup>2300</sup> Cf. Cap. I B.

<sup>2301</sup> Maria de Nazareth Lobato de Guimarães, *Alimentos*, 208.

como ALBERTO DOS REIS e PIRES DE LIMA enunciavam no contexto da norma homóloga da Lei do Divórcio de 1910, “não é a *ilicitude* mas a *indignidade* que justifica a sanção”<sup>2302</sup>. No entanto, o comportamento não poderá ser alheio ao encargo do vinculado. Tal significa, para PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, que a imoralidade da conduta tem de tornar, de acordo com um critério objectivo de razoabilidade, os alimentos “verdadeiramente *inexigíveis*”<sup>2303</sup>. Todavia, quando os Autores avançam com exemplos, reconduzem-nos ou a comportamentos que não têm ligação com o vinculado (prostituição, despudor escandaloso) ou trata-se de violações de deveres para com o obrigado (ofensas à pessoa deste), e, portanto, reconduzíveis antes à al. c) do artigo 2013.<sup>2304</sup>. Podemos, todavia, configurar situações que, não sendo alheias à figura do alimentante, também não constituem violações de direitos deste. Pense-se na prática de actos contra familiares próximos do alimentando (ofensas à vida, integridade física ou honra destes) ou nas situações em que o alimentado cultiva o afastamento dos filhos relativamente ao seu ex-cônjuge (situações reconduzíveis aos casos impropriamente chamados de “síndrome de alienação parental”<sup>2305</sup>).

Importante será no entanto que, seguindo o conselho de Pereira Coelho, o intérprete não seja demasiadamente rígido na aplicação do preceito<sup>2306,2307</sup>. Na verdade, esta causa de cessação exhibe uma nota de censura emergente de outra ordem normativa – a ordem moral – cujas implicações no mundo jurídico devem ser devidamente ponderadas. Também aqui nos parece que o seu funcionamento é mais questionável face a alimentos de feição compensatória, dado que o comportamento indigno do alimentado não deverá, à partida, apagar a repartição de responsabilidades que lhe está subjacente.

<sup>2302</sup> Reis, J. Alberto dos; Lima, F. A. Pires de – Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 24 de Julho de 1945, «Revista de Legislação e Jurisprudência», 78.º, p. 397.

<sup>2303</sup> É este o critério avançado por PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA. Pires de Lima; Antunes Varela, *Código Civil Anotado*, vol. V, art. 2019.º, 618.

<sup>2304</sup> Pires de Lima; Antunes Varela, *Código Civil Anotado*, vol. V, 618.

<sup>2305</sup> Maria João Romão Carreiro Vaz Tomé, *O Direito à Pensão*, 379. Porém, como nota a Autora, não deve esquecer-se que o devedor não dispõe do poder de vigiar a vida do credor.

<sup>2306</sup> F. M. Pereira Coelho, *Curso de Direito de Família*, vol. I, 1970, p. 365 e a mesma ideia é encontrada novamente na última edição do Curso de Direito da Família – F. M. Pereira Coelho, Guilherme de Oliveira; *Curso*, 706 e 707.

<sup>2307</sup> Linda Elrod; Robert Spector, *A Review of the Year*. Decisão de Montana (Mo.): o facto de a ex-mulher ter contratado alguém para matar o ex-marido não é razão para este deixar de pagar alimentos, se tiver sido acordado que não seria modificável o pagamento de alimentos.



#### 4.3. O RENASCIMENTO DO DIREITO A ALIMENTOS

No ordenamento jurídico português, ao contrário de outros direitos, não existe norma que expressamente determine se os alimentos que cessaram em virtude das causas enunciadas na lei podem vir a renascer assim que os fundamentos que lhe estejam subjacentes desapareçam.

Poder-se-á avançar que, na ausência de norma em sentido diverso, terminada a razão de ser da cessação e preenchidos os pressupostos que determinam o surgimento do direito, este deveria renascer. E tal seria aplicável quer às causas do artigo 2013.º, quer às do artigo 2019.º. Pensamos, todavia, que se deve atentar nas específicas situações que subjazem a cada caso, antes de dar uma resposta definitiva.

Por um lado, no âmbito do artigo 2013.º, a “morte do obrigado ou do alimentado” não oferece dúvidas pela impossibilidade de desaparecer tal causa. Por outro lado, mas desta vez com um resultado positivo, também dúvidas não haverá no caso de o motivo para fazer cessar a obrigação alimentícia ser a impossibilidade do obrigado os prestar e a falta de necessidade do alimentado: ressurgindo uma ou outra, renascerá o direito a alimentos. Mais reticências, todavia, merece a al. c). Na verdade, se o credor de alimentos que violasse gravemente os seus deveres para com o obrigado visse cessar o direito a alimentos, mas assim que abandonasse a sua conduta, pudesse vê-los renascer, esta norma perderia sentido útil. O mesmo aconteceria se à causa de cessação do artigo 2019.º da *indignidade do benefício pelo comportamento moral do alimentando*, se concedesse tratamento análogo.

Problemas maiores levantam-se quanto ao tratamento do novo casamento ou da união de facto. Na verdade, a obrigação alimentícia pode ter-se extinguido em virtude destes, mas entretanto ter-se assistido à sua dissolução ou extinção. A lei italiana dá uma resposta directa às situações de novo casamento. Segundo o artigo 5, § 10 da Leg. Div. a obrigação alimentícia que cessou pelo novo casamento do obrigado, não pode renascer se este se dissolver. Não é difícil perceber esta opção. De facto, com o novo casamento, o novo *status* quebra os vínculos de solidariedade anteriores e não parece fazer sentido que os pós-efeitos do casamento se quebrem e se retomem. Isto será assim se virmos a obrigação alimentícia apenas do prisma da solidariedade. Todavia, se atentarmos nas notas de responsabilidade que lhe podem estar associadas talvez a resposta tenha de ser diferente. Lembremo-nos da solução do §1586a BGB e da possibilidade da obrigação de alimentos que cessou em virtude

de um novo casamento, entretanto dissolvido, renascer quando o requerente é o cuidador dos filhos do primeiro casamento<sup>2308</sup>. Cria-se, assim, uma exceção à regra de que a obrigação e o direito correspondente não renascem, em homenagem à coparentalidade (co-responsabilidade) dos ex-cônjuges. Pensamos, assim, que o nosso regime alimentar beneficiaria de uma clarificação nestes termos de regras e exceções a vigorar no que diz respeito à possibilidade de renascimento do direito a alimentos.

Quanto à união de facto que funcionou como causa de cessação, importa equacionar aqui se há a possibilidade do ressurgimento do direito a alimentos, uma vez extinta esta. Parece-nos que pode ser pensado um tratamento diferente do casamento<sup>2309</sup>. Na verdade, a mesma alteração jurídica de *status* não tem lugar com a união de facto; não se operam os cortes nem se criam os vínculos novos, como no casamento, porque, não houve uma manifestação de vontade nesse sentido. No ordenamento italiano, AULETTA estabelece esta diferenciação quanto às possibilidades de ressurgimento do direito a alimentos, admitindo-o no caso de união de facto<sup>2310</sup>. E a opção do ALI também foi no sentido de suspender os pagamentos em caso de união de facto, ao invés de provocar a sua cessação definitiva, de modo a que possam voltar a ser pagos na eventualidade da extinção da convivência *more uxorio*<sup>2311</sup>. Todavia, não podemos esquecer que a intenção do legislador português de tratar de forma igual para efeitos de cessação de alimentos o novo casamento e a união de facto parece depor no sentido de igual solução<sup>2312</sup>.

#### 4.4. ADMISSIBILIDADE DE LIMITES TEMPORAIS

<sup>2308</sup> A norma refere-se tanto ao casamento como à *Lebenspartnerschaft*.

<sup>2309</sup> Em sentido diferente, ver o princípio 2:9 (2) dos *Principles of European Family Law Regarding Divorce and Maintenance Between Former Spouses*, que considera que se a obrigação alimentícia cessou na sequência de novo casamento ou união de facto não pode ressurgir após o termo de tal relação. Katharina Boele-Woelki et al., *Principles of European Family Law*, 116.

<sup>2310</sup> Tommaso Auletta, *Diritto di Famiglia*, 257. Note-se que, segundo a lei italiana (art. 5, § 10 do Código Civil italiano) só dá indicação da obrigação alimentícia que cessou pelo novo casamento do obrigado não poder renascer no caso de este se dissolver. Sabemos bem, todavia, que a figura da união de facto em Portugal recebe um tratamento jurídico e atinge um estatuto que não tem paralelo na forma como a convivência *more uxorio* é entendida no ordenamento jurídico italiano. No entanto, em nenhum dos casos há modificação do estado civil.

<sup>2311</sup> ALI, *Principles of the Law*, 877 e 878.

<sup>2312</sup> Em sentido análogo e justificando o princípio 2:9 (2), v. Katharina Boele-Woelki et al., *Principles of European Family Law*, 123.

Nos elencos dos artigos 2013.<sup>o</sup> e 2019.<sup>o</sup> não consta qualquer referência à cessação da obrigação de alimentos em função de se atingir um limite temporal estabelecido aquando da sua determinação. Todavia, importa averiguar acerca da possibilidade de existência de tais limites e, portanto, da classificação da obrigação alimentar como obrigação de duração determinada ou indeterminada.

A Reforma do Divórcio de 2008 visava introduzir a regra da duração determinada. O artigo 2016.<sup>o</sup> - B do Decreto n. 232/X previa que a “obrigação de alimentos deve[sse] ser estabelecida por um período limitado, embora renovável, salvo razões ponderosas”. Este tipo de solução, que merecera o beneplácito da Recomendação R(89)1 do Conselho da Europa (Princípio 2, *in fine*), também se encontrava plasmada no Princípio 2:8 dos Princípios de Direito da Família Europeu respeitante ao Divórcio e Alimentos entre Ex-cônjuges da CEFL<sup>2313</sup>. Na verdade, o carácter tendencialmente temporário da obrigação alimentar pós-divórcio faz mais sentido no contexto da nova arquitectura do direito a alimentos. Segundo GUILHERME DE OLIVEIRA, esta seria a solução mais conforme com o princípio da auto-suficiência sublinhado pela reforma<sup>2314</sup>, com todas as suas implicações<sup>2315</sup>. Serve melhor o intuito reabilitador dos alimentos<sup>2316</sup> que a Reforma de 2008 também pretendeu favorecer e o objectivo do *clean break* que, recusando ver no casamento uma garantia vitalícia de bem-estar económico difícil de sustentar após a quebra definitiva do vínculo conjugal, esteve igualmente no seu horizonte.

Este tipo de solução não está, todavia, isento de críticas. Já se avançou que os alimentos limitados, principalmente os de curta duração, penalizam as mulheres por aderirem ao princípio de que o casamento em vigor é uma *equal partnership* e que um sistema em que as contribuições (económica e não económicas) são consideradas de igual valor, encoraja as mulheres a cumprir seu papel como donas-de-casa e, portanto, não lhes pode limitar os alimentos<sup>2317</sup>. Não nos esqueçamos, todavia, que a solução não era imposta com rigidez. Na verdade, por um lado, apesar de afirmada a regra do carácter temporário da obrigação de alimentos, admitia-se a sua renovação periódica. Por outro lado, não teria de ser fixada duração limitada se

---

<sup>2313</sup> Katharina Boele-Woelki et al., *Principles of European Family Law*, 112.

<sup>2314</sup> Guilherme de Oliveira, *A Nova Lei do Divórcio*, 31.

<sup>2315</sup> KATZ nota que a obrigação de alimentos de longa duração não é uma consequência comum do divórcio, senão em casos de casamentos de longa duração. Sanford Katz, *Family Law in America*, 96.

<sup>2316</sup> Joan M. Krauskopf, *Rehabilitative Alimony*, 581 e 582.

<sup>2317</sup> Lenore J. Weitzman, *Alimony: Its Premature Demise*, 259.

“razões ponderosas” o justificassem, como a idade avançada ou a precedência de um casamento de longa duração<sup>2318</sup>.

A Lei 61/2008, todavia, manteve a solução original e eliminou a referência a esta limitação temporal<sup>2319</sup>. Porém, não nos parece que tal implique que se vede a determinação judicial ou convencional de um limite temporal para a pensão alimentícia. Não resulta da lei expressamente esta possibilidade de ponderação. Não enveredámos por uma solução semelhante à da reforma alemã de 2007 que sedeu no §1578b a base para tal decisão. Porém, não podemos deixar de considerar os dados que depõem neste sentido. Pensamos, todavia, comparando com a alteração proposta, que se inverte a relação regra/excepção. E, assim, a regra passa a ser a duração indeterminada, daí que a opção pelo carácter temporário da prestação alimentícia tenha de ser adequadamente fundamentado. Caso contrário, a obrigação de alimentos permanece enquanto durar a necessidade do alimentando e a possibilidade do devedor, salvo os casos de extinção previstos na lei<sup>2320</sup>.

Já na sequência da Reforma de 1977, LOBATO DE GUIMARÃES defendia esta posição. Considerava serem as obrigações de alimentos de duração ilimitada, fora do âmbito da família nuclear normal, incompatíveis com uma sociedade baseada no trabalho, em que a família se organiza em função de um património de consumo<sup>2321</sup>. Também LEITE DE CAMPOS e REMÉDIO MARQUES defendiam a limitação temporal da obrigação alimentícia como a regra, só admitindo excepcionalmente que se provesse indefinidamente ao sustento de outrem<sup>2322,2323</sup>. Dir-se-á que, relativamente a uma obrigação que se funda na necessidade, é impossível a determinação do momento da sua cessação, quer através da aposição de termo quer de condição. Estas possibilidades, todavia, existem noutros ordenamentos jurídicos, nos quais os

---

<sup>2318</sup> São as razões avançadas pelo ALI para os seus *indefinite-term awards*, previstos no §5.06. ALI, *Principles of the Law*, 852. Maria João Romão Carreiro Vaz Tomé, em *Considerações sobre alguns efeitos patrimoniais*, 172, e *Algumas reflexões sobre a obrigação de compensação*, 452, também aponta estes dois factores. Há que ter em mente, todavia, que os *compensatory payments* não são um verdadeiro instituto alimentar, pelo que, as referências que fizemos aos seus princípios nesta sede se justificam tendo em conta a elaboração teórica em torno dos alimentos que estes realizaram e o facto de o regime desenvolvido para a sua figura de compensação por vezes ceder a soluções muito enraizadas no âmbito dos alimentos clássicos, a que não volta as costas.

<sup>2319</sup> VAZ TOMÉ, todavia, considera que, do princípio da auto-suficiência, decorre implicitamente o carácter temporário da obrigação de alimentos e liga-o ao carácter reabilitador que reconhece actualmente à figura. Maria João Romão Carreiro Vaz Tomé, *Algumas reflexões sobre a obrigação de compensação*, 447 e 448; no mesmo sentido, Rute Teixeira Pedro, *Family solidarity*, p. 251.

<sup>2320</sup> Guilherme de Oliveira, *A Nova Lei do Divórcio*, 31.

<sup>2321</sup> Maria de Nazareth Lobato de Guimarães, *Alimentos*, 174 e 209.

<sup>2322</sup> Diogo Leite de Campos, *Lições de Direito da Família*, 310.

<sup>2323</sup> J. P. Remédio Marques, *Alguma Notas sobre Alimentos*, 161, nota 214.

fundamentos da pensão alimentícia não se afastam muito da nossa concepção. De todo o modo, a circunstância de não se prever o momento da cessação não impede que se estabeleçam – v. g. na decisão judicial condenatória – os termos objectivos da condenação, que não são mais do que os critérios a que deverá obedecer a sua liquidação posterior (p. ex., “no valor mensal x, correspondente ao período de formação em...”).

Analisemos, do ponto de vista da limitação temporal, diferentes modelos identificáveis:

i) alimentos de duração indeterminada, i.e. sistemas que, *ab initio*, no momento da fixação das pensões de alimentos, não admitem qualquer limitação do ponto de vista temporal.

ii) alimentos de duração indeterminada como a regra, mas admitindo-se, excepcionalmente o estabelecimento de limites. Dentro destes, encontramos

a) aqueles em que há expressa determinação da possibilidade de afastar esta regra, enunciando-se fundamento.

Este é o caso alemão, no qual a regra são os alimentos de duração indeterminada, mas, de acordo com os §1578b e §1579 BGB, existe a possibilidade de estabelecer limites por parte do juiz, com fundamento em razões de equidade. Estes critérios encontram-se consagrados num elenco legal<sup>2324</sup>, todavia, com o §1579 (8) BGB abre-se a possibilidade de determinação casuística de outros fundamentos relevantes que apresentem um nível de gravidade equiparável aos enunciados na lei<sup>2325</sup>. Para tal, sugere-se que o tribunal tenha em conta, em particular, as desvantagens que resultaram do casamento (*ehebedingte Nachteile*), dos quais poderá resultar, em determinadas circunstâncias, que se justifique um direito ao longo da vida<sup>2326</sup>. Mesmo na jurisprudência anterior à Reforma alemã de

<sup>2324</sup> Cf. Cap. I, B.,

<sup>2325</sup> Gernhuber, Coester Waltjen, Familienrecht, 317.

<sup>2326</sup> De todo modo, tem-se entendido que a introdução do §1578b com a Reforma de 2007, significou o fim do dever vitalício de sustentar um cônjuge. Na lei anterior à reforma, podiam ser pedidos alimentos por um período ilimitado, mesmo para a vida. A questão dos limites temporais era discutida desde a EheRG de 1976 e em 1986 foram introduzidas algumas disposições – raramente invocadas pelos tribunais – para introduzir estes limites (§§. 1573 para 5 e 1578 para 1, frase 2 e 3). Uma sentença do BGH de 2001 veio reintroduzir a discussão, decidindo que o emprego pós-divórcio de um cônjuge substitui o valor do cuidado dos filhos e gestão doméstica praticados durante o casamento. 13.06.2001 BGH (XII ZR 343/99) (juris.bundesgerichtshof.de)

2007, já se haviam desenvolvido directivas relativas aos limites temporais do *Betreuungsunterhalt*. Estabeleceu-se que ex-cônjuge teria direito ao *Betreuungsunterhalt* enquanto não se pudesse esperar que assumisse uma actividade profissional em virtude do cuidado dos filhos. Em regra, esperar-se-ia que se assumisse um trabalho em *part-time* quando o filho atinge os 11 anos e a tempo inteiro aos 15 anos. A reforma, no entanto, optou por uma solução mais flexível. Cabe ao tribunal determinar quando espera que o progenitor assuma uma actividade remunerada, tendo em conta as circunstâncias do caso concreto, nomeadamente a disponibilidade de serviços de creche<sup>2327</sup>.

**b)** aqueles em que esta possibilidade é silente e reside ou no poder de fixação judicial ou no exercício da autonomia da vontade.

É o modelo que encontramos na Suécia, em termos teóricos. A lei sueca não estabelece limites, mas, na prática, os alimentos pós-divórcio são fortemente limitados do ponto de vista temporal. Na realidade, são pagos geralmente por um período compreendido entre 1 e 4 anos e estão comumente associados à prossecução de um objectivo, como a conclusão dos estudos<sup>2328</sup>.

iii) alimentos de duração determinada são a regra, mas admite-se a possibilidade de extensão definida ou indefinidamente. Nestes casos,

a) os limites temporais dos alimentos poderão encontrar-se estabelecidos na lei, dos seguintes modos;

aa) modelos de termo definido

A solução neerlandesa insere-se, em parte, neste modelo. Aqui estabelecem-se dois limites temporais. A regra geral é o limite máximo de doze anos (art. 1:157 (4) CCiv neerlandês).

bb) modelos em que os limites são estabelecidos por referência a outra grandeza. Em tais modelos, as âncoras da determinação temporal encontram-se, por regra, ou na duração do casamento, ou na duração do cuidado dos filhos<sup>2329</sup>.

<sup>2327</sup>Katrin Kroll, *The Reform*, 93. Receia-se, todavia, que isto conduza a que o tribunal faça uma avaliação aprofundada das provas obre a existência destes serviços.

<sup>2328</sup>AA. VV., *European Family Law in Action*, vol. II, 173.

<sup>2329</sup>Pense-se nos casos em que se propõe a igualização dos rendimentos até ao fim do cuidado dos filhos, em vez da duração do casamento June Carbone, *Income Sharing*, 385-37.

No caso holandês, quando tratamos de alimentos pós-divórcio na sequência do casamento de curta duração, ou seja, que tenha durado menos de cinco anos, e de que não tenham resultados filhos, o período de subsistência do casamento dá o limite de duração da pensão alimentícia nesta hipótese (art. 1:157 (6) CCiv neerlandês)<sup>2330</sup>.

Na lei belga, o artigo 301, §4 do Código Civil também estabelece como critério para determinação da duração da pensão alimentícia a duração do casamento. Este é o limite máximo legalmente estabelecido, mas permite-se ao juiz que estabeleça uma duração inferior. Só em circunstâncias excepcionais se permite ultrapassar o umbral do tempo do casamento. Neste caso, todavia, também o montante exigível é atingido. De facto, este corresponderá apenas ao necessário para responder ao estado de necessidade do alimentado (art. 301, §4, al. 2 CCiv belga)<sup>2331</sup>

Na lei californiana, a duração do casamento também é dada como base do cálculo da permanência temporal dos alimentos. O período de pagamento de alimentos é fixado em metade da duração do casamento, considerado o “período de tempo razoável” para atingir a auto-suficiência, a não ser que o casamento tenha durado mais de 10 anos (Cal. Fam. Code §4320 (1)).<sup>2332</sup>

cc) modelos em que os limites são estabelecidos por referência à concretização de um objectivo.

Neste âmbito podemos tratar da pensão com objectivo reabilitador, que pode cessar, por exemplo, com o ingresso no mercado de trabalho ou com a conclusão de formação profissional adequada. Preenchido este pressuposto, cessam os alimentos, sem ser necessário provar o desaparecimento da necessidade<sup>2333</sup>.

Este objectivo pode ser também estabelecido por referência ao momento em que se deixa de ter os filhos a cargo<sup>2334</sup>. Por exemplo, no sistema holandês permite-

---

<sup>2330</sup> AA. VV., *European Family Law in Action*, vol. II, 440.

<sup>2331</sup> Nathalie Dandoy, *Le lien alimentaire*, 87.

<sup>2332</sup> A proposta do ALI, para os casos de *fixed-term awards* também remete para uma duração proporcional à duração do casamento. Não nos esqueçamos, todavia, que aqui não estamos perante um instituto alimentar propriamente dito, mas que se visa a partilha dos prejuízos. ALI, *Principles of the Law*, §5.06, 849 e ss.

<sup>2333</sup> Cf. 1575 (1) BGB.

<sup>2334</sup> Eekelaar, *Equality and the purpose of maintenance*, 194.

se que o prazo de 12 anos estabelecido por lei seja afastado para cuidar de filho com deficiência<sup>2335</sup>.

b) Pode estar estabelecida a regra da limitação temporal, sem determinação de limites nem de parâmetros de limitação, mas com possibilidade de extensão. Exemplo deste modelo encontra-se no artigo 2016.º-B do Projecto de lei n. 509/X.

iv) alimentos de duração determinada, em que não se admita a abertura de excepções.

O sistema português adopta a regra dos alimentos de duração indeterminada, mas admite excepções. Tal significa que pode ser estabelecido que a obrigação alimentícia caduque se preenchido o termo estabelecido (período previsto para transição para o mercado de trabalho, por exemplo) ou a condição eleita (conclusão de formação, posto de trabalho, conclusão do ensino dos filhos), que representam um juízo de previsão relativamente à duração da necessidade. O estabelecimento deste limite não significa que, depois da data estabelecida, o alimentando deixe de ter direito a alimentos. Significará, isso sim, que o ónus da prova será do credor de alimentos<sup>2336</sup>, de que ainda tem direito a recebê-lo e não do obrigado de provar uma causa de cessação dos artigos 2013.º ou 2019.º.

O estabelecimento de um limite temporal para os alimentos não é estranho ao ordenamento jurídico português. O artigo 1884.º estabelece a obrigação do pai não unido pelo matrimónio à mãe do filho a prestar-lhe alimentos relativos ao período da gravidez e ao primeiro ano de vida do filho<sup>2337</sup>. O sistema não rejeita, assim, liminarmente que a obrigação alimentícia esteja funcionalizada à prossecução de um propósito definido – garantir o sustento da mãe num período de prestação de cuidado particularmente intenso ao filho –, justificando-se que a sua duração também o espelhe<sup>2338</sup>.

<sup>2335</sup> Cf. Art. 1:157 (5) do Código Civil neerlandês

<sup>2336</sup> É este o critério de distinção de que o ALI lançou mão para distinguir *fixed term awards* e *indefinite term awards* ou *permanent awards*. ALI, *Principles of the Law*, § 5.06, 850.

<sup>2337</sup> Sobre o alcance do artigo 1884.º, Remédio Marques identifica a mãe como o titular activo deste direito, ainda que o filho seja por ele indirectamente beneficiado. O Autor sublinha a sua natureza alimentar, afastando que se reconduza a um puro direito de natureza indemnizatória. J. P. Remédio Marques, *Algumas Notas sobre Alimentos*, 313 e ss.

<sup>2338</sup> É certo que esta norma define um limite temporal para conceder alimentos a alguém que a eles não teria direito ao abrigo do artigo 2009.º. Na ausência do artigo 1884.º e para além dele a mãe não tem um direito adicional a alimentos justificado pela sua necessidade e apoiado na sua relação com o potencial obrigado.



À semelhança do que já defendemos a respeito do cálculo do montante de alimentos, consideramos que a posição do legislador poderia ter sido ser mais estrita (como na realidade foi a sua intenção inicial) no estabelecimento de limites temporais para os alimentos pós-conjugais. Pensamos, todavia, que também aqui se justifica separa as águas, consoante a função que a pensão alimentícia desempenhe. Assim, se estivermos perante alimentos de carácter marcadamente solidarístico, emergentes de casamentos de curta duração ou em que o casamento não contribuiu para o eclodir ou agudizar da situação de necessidade, depomos a favor do estabelecimento de alimentos tendencialmente limitados no tempo (excluindo situações excepcionais de casamentos de longa duração ou de idade avançada do alimentando). Já se os alimentos são concedidos, por exemplo, tendo em vista responder à situação de cuidado de filho comum (não só menor, mas, por exemplo, cuidado de filho doente), deverão perdurar enquanto se mantiver a situação que os funda e, portanto, a responsabilidade que deve ser partilhada deste cuidado. Aceitar alimentos temporalmente limitados neste caso, independentemente da situação concreta, seria aceitar o sacrifício do cuidador.

CONCLUSÃO



Propusemo-nos a analisar, neste estudo, uma figura clássica e uma figura nova como elementos que se articulam e procuram encontrar o seu sentido no seio de um sistema compreendido. Tratámos dos alimentos pós-divórcio e do crédito compensatório, enquanto respostas que emergem no contexto da ruptura matrimonial para atender directamente às *condições económicas adversas* que surgem para um dos cônjuges associadas à própria dissolução do casamento. Percebemos estas figuras como os dois pilares de um *sistema bimodal* dirigido a responder a estas iniquidades. É certo que apresentam uma história e uma configuração bem diversas, mas não podemos obnubilar o facto de assentarem sobre um solo (pelo menos parcialmente) comum e de visarem o mesmo fim último – enfrentar as situações de desfavor que o divórcio tornou visíveis.

Iniciámos o nosso percurso num *momento fracturante* na história do regime do divórcio, que se libertou das antigas vestes de colorações punitivas, que serviam de mote para determinar as consequências do divórcio, perdendo, assim, uma referência essencial. O esquema que daqui emergiu, e que acabou por combinar alimentos pós-conjugais e crédito compensatório, faz transparecer as incertezas subjacentes às épocas em que se reclama uma *mudança de paradigma*, sem que seja ainda possível um total desenraizamento das realidades anteriores. Este panorama de contornos indefinidos convocou-nos a encetar um esforço de compreensão e de sistematização destas figuras, que resultou no presente trabalho.

Inaugurámos o nosso percurso procurando determinar qual o propósito de cada uma destas figuras. E se, no crédito compensatório, encontrámos um fim unitário – *compensar* – nos alimentos pós-conjugais não conseguimos reduzi-lo à função *meramente alimentar*. De facto, embora esta esteja presente e seja até dominante, existem dados que nos apontam para a prossecução de fins *compensatórios* subordinados. Na verdade, não é o mesmo quadro fáctico que reclama cada uma destas figuras, o problema que as convoca é diferente, portanto, também a resposta que é dada será diversa.

O crédito do artigo 1676.º, n.º 2, é chamado a responder aos *prejuízos patrimoniais importantes* que um dos cônjuges sofreu, em virtude de uma determinada ordenação da vida conjugal, que implicou que este renunciasse aos seus interesses de forma a permitir uma contribuição acrescida para os encargos da vida familiar. Concluimos que a tónica na *fattispecie* complexa deste preceito devia ser colocada nestes *prejuízos* e que o fito do instrumento seria compensá-los. Ora, as

desvantagens sofridas por um dos cônjuges e que eclodem com o divórcio podem ser de diversa índole. Considerámos, todavia, que o legislador português optou por uma figura que adopta a matriz da *responsabilidade civil*, que visa responder aos prejuízos *causados pelo casamento* e não, como também seria conciliável com o nosso sistema, pela matriz do *enriquecimento sem causa*, que *grosso modo* conduziria à restituição dos benefícios havidos pelo outro cônjuge. Mais especificamente encontrámos similitudes da figura do artigo 1676.º, n.º 2, com a *responsabilidade pelo risco*. Na verdade, reconhece-se que o casamento é criador de um grande *risco económico*, principalmente para as mulheres, e que emerge da assunção prioritária do papel de cuidador. Assim, não estamos perante prejuízos causados por um cônjuge faltoso, mas trata-se antes de fazer responder pelos prejuízos sofridos o cônjuge que beneficiou de uma determinada organização da vida conjugal, da sobre-contribuição do outro para os encargos da vida familiar, independentemente de ter obtido um ganho determinável. Trata-se, em última análise, de tutelar a *confiança* enquanto reverso do *risco*.

A obrigação de alimentos, por seu turno, é espoletada e justificada por uma situação de *necessidade*. É certo que o entendimento de que a categoria de necessidade é alvo permite-nos descolar de uma noção estrita de carência. Na verdade, a noção operativa de necessidade em termos de funcionamento da obrigação de alimentos entre ex-cônjuges a que recorreremos é a de “necessidade *relevante*”. Estamos perante um facto polideterminado, que se molda em função de parâmetros de natureza subjectiva e que permitem, portanto, uma definição *concreta* deste estado. Assim, apesar de o pressuposto da necessidade ser incontornável e de a *base assistencialista* dos alimentos pós-conjugais no sistema português estar assente, não significa que seja irrelevante considerar o papel que os elementos conformadores dos pressupostos dos alimentos têm no reconhecimento de outros *propósitos (subordinados)* a este instituto. Para tal, é essencial distinguir entre necessidade *emergente* da relação conjugal ou da relação entre os ex-cônjuges e necessidade *independente* da relação conjugal. Ao primeiro caso, associam-se propósitos de natureza meramente *solidarística*, enquanto do segundo podem (também) emergir pretensões de feição *compensatória*.

É verdade que a convocação dos alimentos pós-divórcio se encontra cerceada pela afirmação expressa do *princípio da auto-suficiência*, que determina o carácter excepcional do direito a alimentos e imprime uma maior exigência na mobilização dos meios ao dispor do requerente para fazer face às suas necessidades. Todavia, tal

não significa negar o reconhecimento do direito a alimentos, uma vez preenchidos os seus pressupostos.

Tendo percebido de onde emerge cada uma destas figuras, procurámos recortar o seu *fundamento*. E também aqui assistimos a um pluralismo de referências e de compreensões de cada uma delas.

Considerámos que o crédito compensatório assenta numa ideia de *responsabilidade*, que aparece como contrapeso da *liberdade* acrescida para sair da relação matrimonial, que solicita uma resposta às iniquidades criadas pela relação entre si, principalmente às consequências que advêm da assunção do cuidado no contexto familiar.

A concepção dos alimentos pós-divórcio puramente alimentares vem encontrar a sua base na ideia da existência de *pós-efeitos da relação matrimonial*, provém de um *status* passado. Vai, portanto, enraizar-se de forma tradicional num princípio de *solidariedade pós-conjugal* que, todavia, é hoje objecto de uma progressiva erosão, conducente a novos significados de solidariedade ou mesmo ao seu questionamento, por apelo à auto-suficiência.

Para além deste quadro, pensamos poder ainda encontrar manifestações da ideia de *responsabilidade*. Na verdade, um princípio da responsabilidade apresenta-se em maior consonância com o novo regime do divórcio e é mais apto a fundar as suas consequências. No âmbito alimentar, em virtude da sua plasticidade, sustenta duas opções de sentido oposto – uma no sentido da *exclusão* do direito a alimentos e que se traduz na consagração do princípio da auto-suficiência e outra no sentido de *sustentar uma pretensão* alimentar mais forte, que se corporiza na admissibilidade de uma vertente compensatória subordinada à obrigação de alimentos.

Estamos, assim, perante um *sistema bimodal*, assente em dois pilares, mas que não se apresentam inteiramente estanques. Na verdade, apesar de prosseguirem fins diversos, o princípio da *responsabilidade* enquanto fundamento transita entre um e outro e os seus espaços não estão perfeitamente delimitados. O facto de termos admitido finalidades compensatórias subordinadas, ao lado dos alimentos puramente alimentares, levanta questões de *compatibilidade* e de *articulação* com a figura compensatória. Em traços largos, concluímos que, no âmbito alimentar, quando são invocadas finalidades compensatórias pelo cuidado a prestar aos filhos, está em causa uma ideia de responsabilidade prospectiva, ausente

do crédito compensatório (critério temporal). A sobreposição entre direito a alimentos e crédito compensatório pode temer-se quando as pretensões resultam da colaboração passada à vida familiar, já que em ambas as figuras se convoca uma ideia de *responsabilidade histórica*. Os dois institutos prosseguem fins diversos (critério teleológico) e os pressupostos em que assentam são diferentes. Na obrigação de alimentos, está em causa a avaliação de uma *necessidade presente* que se projecta no futuro, o crédito compensatório implica uma avaliação dos prejuízos causados num *quadro passado*, mas que prescinde de qualquer base de *necessidade*.

Esta plataforma de compreensão das figuras serviu para iluminar a análise que encetámos de vários aspectos do seu regime positivado, para estabelecer o tom para a interpretação dos preceitos legais e para propor alguns desenvolvimentos legislativos que afinassem os regimes em função dos seus propósitos últimos.

Não interessa aqui recapitular aqui todas as considerações que tecemos, desenraizando-as de raciocínios situados, mas podemos concluir que a Reforma de 2008 incorporou, no âmbito da resposta às situações *económicas adversas* que surgem associadas à dissolução do casamento, uma nova estrutura que combinou o velho e o novo, uma nova lógica que permite que nos descolemos de leituras anteriores e criou o embrião para desenvolvimentos legislativos e jurisprudenciais, no sentido de imprimir maior coerência e solidez ao sistema.

## BIBLIOGRAFIA





AA. VV. – *European Family Law in Action*. Vol. II: Maintenance Between Former Spouses, Antwerpen, Oxford, New York, Intersentia, 2003.

ALBUQUERQUE, Pedro de – *Autonomia da Vontade e Negócio Jurídico em Direito da Família (Ensaio)*, Lisboa, Centro de Estudos Fiscais, 1996

ALMEIDA, L. P. Moitinho de – «Dos alimentos», *Scientia Juridica*, Tomo XVI, 1967, 269-296.

ALMEIDA, L. P. Moitinho de – «Os Alimentos no Código Civil de 1966», *Revista da Ordem dos Advogados*, 1968, 92-127.

AMERICAN LAW INSTITUTE (The) – *Principles of the Law of Family Dissolution: Analysis and Recommendations*, Chief Reporter: Ira Mark Ellman, San Francisco, Mathew Bender & Co., Inc., 2002.

ANDRADE, José Carlos Vieira de – «Anotação ao Ac. TC n.º 509/02 (rendimento social de inserção)», *Jurisprudência Constitucional*, n. 1, Janeiro-Março 2004

ANDRADE, Manuel A. Domingues de – *Ensaio sobre a Teoria da Interpretação das Leis*, Coimbra, Coimbra Editora, 1934.

ANDRADE, Manuel A. Domingues de – *Noções Fundamentais de Processo Civil*, Coimbra, Coimbra Editora, 1993.

ANDRADE, Manuel de – *Obrigações pecuniárias*, «Revista de Legislação e Jurisprudência», Ano 77, 1944, pp. 18-20 (n.º 2771); 33-36 (n.º 2772), 49-52 (n.º 2773), 65-67 (n.º 2774), 81-83 (n.º 2775), 225-228 (n.º 2784), 241-244 (n.º 2785), 353-357 (n.º 2792).

ANDRADE, Manuel de – *Teoria Geral da Relação Jurídica*, vol. I, Coimbra, Almedina, 1960.

AÑOVEROS TERRADAS, Beatriz – «Compensación económica por razón de trabajo y pensión compensatória: pluralidade de leyes aplicables y necesidad del mecanismo de la adaptación», *InDret - Revista para el Análisis del Derecho*. Barcelona. Febrero de 2009, 2-16.

ANTOKOLSKAIA, Masha – The Search for a Common Core of Divorce Law: State Intervention v. Spouses' Autonomy. In *The Role of Self-determination in the Modernisation of Family Law in Europe*, (Miquel Martín-Casals; Jordi Ribot (eds.), Girona, Documenta Universitaria, 2006, 33-58.

ARÁNZAZU NOVALES ALQUÉZAR, María – *Los deberes personales entre los cónyuges ayer y hoy*, Granada, Editorial Comares, 2007.

ARAÚJO, Fernando – *Introdução à Economia*, 3.<sup>a</sup> Ed., Coimbra, Almedina, 2005.

ARAÚJO, Fernando – *Teoria Económica do Contrato*, Coimbra, Almedina, 2007.

ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, Lisboa, Quetzal, 2004.

ASCENSÃO, José de Oliveira – «A Reserva Constitucional de Jurisdição», *O Direito*, vols. II e III [Separata], Ano 123.<sup>o</sup>, 1991

ASSOCIAÇÃO PORTUGUESA DE MULHERES JURISTAS – Parecer, 15 de Setembro de 2008.

ATALAIA, Susana – As famílias recompostas em Portugal: dez anos de evolução (2001-2011), in *Famílias nos Censos 2011 Diversidade e Mudança* (Anabela Delgado, Karin Wall, coord.), INE, ICS, 2014, 225-239.

AULETTA, Tommaso Amedeo – *Alimenti e Solidarietà Familiare*, Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 1984.

AULETTA, Tommaso – *Diritto di Famiglia*, Torino, Giapichelli Editore, 2011.

BARBOSA, Mafalda Miranda – «Família e Responsabilidade Civil: uma relação possível? Brevíssimo Apontamento», *Lex Familiae – Revista Portuguesa de Direito da Família*, Ano 10, n.<sup>o</sup> 20, Julho-Dezembro de 2013, 61-81.

BARLOW, Anne – Legal Rationality and Family Property: What has Love got to do with it?, in *Sharing Lives, Dividing Assets - An Interdisciplinary Study* (Eds. Jo Miles and Rebecca Probert), Oxford and Portland, Oregon, Hart Publishing, 2009, 303-320.

BAUMAN, Zygmunt – *Liquid Modernity*, Cambridge, Malden, Polity Press, 2006.

BAYERTZ, Kurt – Begriff und Problem der Solidarität, In *Solidarität. Begriff und Problem*. Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1998.

BECK, Ulrich; BECK-GERNSHEIM, Elisabeth – *The Normal Chaos of Love*, Cambridge, Polity Press, 1999.

BECKER, Gary S. – *A Treatise on the Family*. Cambridge, Massachusetts, London, England, Harvard University Press, 1991.

BECKER, Gary S.; BECKER, Guity Nashat – *The Economics of Life*, New York, McGraw-Hill, 1997.

BELEZA, Maria Leonor Pizarro – Os Efeitos do Casamento, In *Reforma do Código Civil*, Lisboa, Ordem dos Advogados, Conselho Geral, Instituto da Conferência, 1981, 93-135.

BELEZA, Teresa Pizarro – *Direito das Mulheres e da Igualdade Social - A Construção Jurídica das Relações de Género*, Coimbra, Almedina, 2010.

BELLAH, Robert N. – Community Properly Understood: a Defense of "Democratic Communitarianism". In *The Essential Communitarian Reader*. (ed. Amitai Etzioni). Oxford, Rowman and Littlefield Publishers. 1998.

BENAVENTE MOREDA, Pilar – Algunas consideraciones en torno al valor del capital humano en el régimen económico matrimonial, *In Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, Tomo III, Thomson Civitas, 2003, 4427-4443.

BERARD, Anne – «L'application pratique des méthodes d'évaluation de la prestation compensatoire par les juges», *AJ Famille*, 2013, 17 ss.

BERGHAN, Wersig – «Wer zahlt den Preis für die Überwindung der "Hausfrauehe"??», *FPR*, 2005, 508-511.

BIANCA, C. Massimo – *Diritto Civile. La Famiglia. Le Successioni*. T. 2, 3. Ed, Milano, Giuffrè, 2001.

BIX, Brian H. – The ALI Principles and Agreements: Seeking a Balance between Status and Contract, In *Reconceiving the Family - Critique on the American Law Institute's Principles of the Law of the Family Dissolution*, (ed. Robin Fretwell Wilson), Cambridge, Cambridge University Press, 2006, 372-391.

BOELE-WOELKI, Katharina; FERRAND, Frédérique; GONZÁLEZ BEILFUSS, Cristina; JÄNTERÄ-JAREBORG, Maarit; LOWE, Nigel; MARTINY, Dieter; PINTENS; Walter – *Principles*

*of European Family Law Regarding Divorce and Maintenance Between Former Spouses*. Antwerp, Oxford, Intersentia, 2004.

BOELE-WOELKI, Katharina – «Os Princípios do Direito da Família Europeu: os seus Objectivos e as suas Perspectivas», *Lex Familiae - Revista Portuguesa de Direito da Família*, Ano 3, n.º 5, Coimbra Editora, Coimbra, 2006, 5-17.

BONA, Carlo; BAZZANELLA, Barbara – L'assegno di mantenimento nella separazione. Un saggio tra diritto e scienze cognitive. Trento, Litotipografia Alcione S.r.l., 2008.

BONILINI, Giovanni, L'Assegno Post-Matrimoniale, In *Il scioglimento del matrimonio* (eds. Bonilini, Giovanni; Tommaseo, Ferruccio) Milano, Giuffrè, 2010, 571-715.

BONILINI, Giovanni; TOMMASEO, Ferruccio – Manuale di Diritto di Famiglia, Torino, UTET, 2010.

BORTH, Helmut «Inhaltskontrolle von Eheverträgen - Neuere Rechtsprechung und offene Fragen», *Der Familienrechtsberater* (FamRB) n. 6, 2005, 177-182.

BORTH, Helmut – *Handbuch des Scheidungsrecht* (hrsg. Dieter SCHWAB), Verlag Franz Wahlen, München, 2010.

BOURREAU-DUBOIS, Cécile, DORAT-DUBAN, Myriam, «Analyse économique de la prestation compensatoire: entre logique redistributive et logique réparatrice», *Économie Publique/Public Economics*, n. 26-27, 2011, 193-218.

BOVENS, Mark, *The Quest for Responsibility - Accountability and Citizenship in Complex Organisations*, Cambridge, Cambridge University Press, 1998.

BRAGA, Armando – *A Reparação do Dano Corporal na Responsabilidade Civil Extracontratual*, Coimbra, Almedina, 2005.

BRAVO, Adolfo – «Carácter da Pensão alimentar e perdas e danos em caso de divórcio», *Gazeta da Relação de Lisboa*, ano 48, n.º 20, 1935, 305-309.

BRIDGEMAN, Jo; KEATING, Heather – Introduction: Conceptualising Family Responsibility. Responsibility. In *Law and the Family*. J. Bridgeman, H. Keating and C. Lind (eds.). Aldershot, Ashgate. 2008, 21-39.

BRINIG, Margaret F.; CARBONE, June – «Rethinking Marriage: Feminist Ideology, Economic Change, And Divorce Reform», *Tulane Law Review*, May 1991, n. 5. vol. 65, 953-1010.

BRONZE, Fernando José – *Lições de Introdução ao Direito*, Coimbra, Coimbra Editora, 2002.

BRONZE, Fernando José – A Responsabilidade, hoje (algumas Considerações Introdutórias), In *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho, vol. I, Responsabilidade: entre Passado e Futuro* (org. Fernando Alves Correia, Jónatas E. M. Machado, João Carlos Loureiro), Coimbra, Coimbra Editora, 2012, 185-208.

BRUDERMÜLLER, Gerd – *Geschieden und doch gebunden? Ehegattenunterhalt zwischen Recht und Moral*, München, C. H. Beck, 2008.

BRUDERMÜLLER, Gerd – *Palandt Beck'sche Kurz Kommentare Bürgerliches Gesetzbuch*, Band 7, 72. Aufl., München, Beck, 2013, (§ 1360b)

BRUDERMÜLLER, Gerd – *Palandt Beck'sche Kurz Kommentare Bürgerliches Gesetzbuch*, Band 7, 72. Aufl., München, Beck, 2013, (§ 1577)

BRUDERMÜLLER, Gerd – *Palandt Beck'sche Kurz Kommentare Bürgerliches Gesetzbuch*, Band 7, 74. Aufl., München, Beck, 2015, (§ 1578).

BRUDERMÜLLER, Gerd – *Palandt Beck'sche Kurz Kommentare Bürgerliches Gesetzbuch*, Band 7, 74. Aufl., München, Beck, 2015, (§ 1581).

BRUNKHORST, Hauke, *Solidarität. Von der Bürgerfreundschaft zur globalen Rechtgenossenschaft*. Frankfurt am Main, Suhrkamp, 2002.

BUSNELLI, Francesco Donato – «Notas en Tena de Buena Fe y Equidad» *Rivista di Diritto dell'Integrazione e Unificazione del Diritto in Europa e in America Latina*, Vol. 13, 2002, 99-121.

BÜTE, Dieter – «Begrenzungen und Herabsetzung des nachehelichen Unterhalts», *FPR*, 2005, 316-320.

BÜTTNER, Helmut – Johanssen/Henrich *Familienrecht*, 5. Aufl., München, C.H. Beck, 2010.

CAMPOS, Diogo Leite de – A Tributação da Família, *in Direito da Família e Política Social*, Porto, Publicações Universidade Católica, 2001, 43-54.

CAMPOS, Diogo Leite de – «Parentesco, Casamento e Sucessão», *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 45, 1985, 13-54\*

CAMPOS, Diogo Leite de, *Lições de Direito da Família e das Sucessões*, 2.<sup>a</sup> Ed. revista e actualizada, reimp. da edição de 1997, Coimbra, Almedina, 2001

CANE, Peter – *Responsibility in Law and Morality*, Oxford - Portland Oregon, Hart Publishing, 2002.

CANOTILHO, J. J. Gomes – *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7. Ed., Coimbra, Almedina, 2003.

CANOTILHO, J. J. Gomes, MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. I, arts. 1.<sup>o</sup>-107.<sup>o</sup>, 4.<sup>a</sup> Ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2007.

CANOTILHO, J. J. Gomes, MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. II, arts. 108.<sup>o</sup>-296.<sup>o</sup>, 4.<sup>a</sup> Ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2014.

CARBONE, June – «Economics, Feminism and the Reinvention of Alimony: A Reply to Ira Ellman», *Vanderbilt Law Review*, Vol. 43, 1990, 1463-1502.

CARBONE, June – «Income Sharing: Redefining the Family in Terms of Community», *Houston Law Review*, Vol. 31, N. 2, Summer, 1994, 359-415.

CARBONE, June – «Back to the Future: The Perils and Promise of a Backward-Looking Jurisprudence», In *Reconceiving the Family - Critique on the American Law Institute's Principles of the Law of the Family Dissolution*. (e. Ruth F. Wilson). Cambridge, Cambridge University Press, 2006, 209-233.

CARBONNIER, Jean – *Droit Civil. La famille. L'enfant, le couple*, Tome 2, 21. Ed., Paris, Presses Universitaires de France, 2002.

CARDOSO, Augusto Lopes, *A administração dos bens do casal*, Coimbra, Almedina, 1973

CARDOSO, João António Lopes – *Partilhas Judiciais*, vol. III, 4. Ed., Coimbra, Almedina, 1991.

CARDOSO, João António Lopes; CARDOSO, Augusto Lopes – *Partilhas Judiciais*, vol. I, 5. Ed., Coimbra, Almedina, 2006.

CARVALHO, Orlando de – Teoria Geral do direito Civil, Coimbra, Centelha, 1981.

CASEY, Jérôme – La contribution aux charges du ménage, in *Différenciation ou convergence des statuts juridiques du couple marié et du couple non marié?* (dir.: Jean Hauser; Jean-Louis Renchon), Bruxelles, Paris, Bruylant, L.G.D.C., 2005, 435-437.

CASTELEIN, Christoph – Introduction and Objectives, in *Imperative Inheritance Law in a Late Modern Society*, Castelein, Christoph; Foqué, René; Verbeke, Alain (eds.), Antwerp-Oxford-Portland, Intersentia, 2009, 1-38.

CATALA, Pierre, «La Transformation du Patrimoine dans le Droit Civil Moderne», *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, Tome 64., 1966, 185-215.

CERDEIRA, Ângela Cristina da Silva – *Da Responsabilidade Civil dos Cônjuges entre Si*, Coimbra, Coimbra Editora, 2000.

CID, Nuno de Salter – *A Protecção da Casa de Morada da Família no Direito Português*, Coimbra, Almedina, 1996.

CID, Nuno de Salter – *A comunhão de vida à margem do casamento: entre o facto e o direito*, Almedina, Coimbra, 2005.

CID, Nuno de Salter – «Desentendimentos conjugais e divergências jurisprudenciais», *Lex Familiae - Revista Portuguesa de Direito da Família*, Ano 4, n.º 8, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, 5-13.

CID, Nuno de Salter – A atribuição da casa de morada de família, In *E Foram Felizes para Sempre...? Uma Análise Crítica do Novo Regime Jurídico do Divórcio*, (coord. Maria Clara Sottomayor e Maria Teresa Féria de Almeida), Coimbra, Coimbra Editora, 2010, 227-249.

COELHO, Francisco Manuel Pereira – *Curso de Direito de Família*, vol. I, Direito Matrimonial, Coimbra, 1960.

COELHO, Francisco Manuel Pereira – *Curso de Direito de Família*, vol. I, Direito Matrimonial, Coimbra, 1965.



COELHO, Francisco Manuel Pereira – «O enriquecimento e o dano», *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, Ano XV, Outubro-Dezembro, n.º 4 e Ano XVI, Janeiro-Junho, n.ºs 1-2: Ano XV (315-369) e ano XVI 1968 e 1969, 311-353.

COELHO, Francisco Manuel Pereira – *Curso de Direito de Família*, vol. I, Tomo 2.º, Direito Matrimonial, Unitas, Coimbra, 1970.

COELHO, Francisco Manuel Pereira Acórdão de 25 de Fevereiro de 1975, *Revista de Legislação e Jurisprudência*, A. 109, n.º 3562, 1976, 1977, 5-12.

COELHO, Francisco Manuel Pereira Divórcio e separação judicial de pessoas e bens, *in Reforma do Código Civil*, Lisboa, Ordem dos Advogados, Conselho Geral, Instituto da Conferência, 1981, 27-53.

COELHO, Francisco Manuel Pereira Acórdão de 26 de Fevereiro de 1980, *Revista de Legislação e Jurisprudência*, A. 114, n.º 3687, 1981, 1982, 180-184.

COELHO, Francisco Manuel Pereira Acórdão de 19 de Janeiro de 1982, *Revista de Legislação e Jurisprudência*, A. 116, n.º 3712, 1984, 210-217.

COELHO, Francisco Manuel Pereira, Acórdão de 17 de Fevereiro de 1983, *Revista de Legislação e Jurisprudência*, A. 117, n.º 3719, 1984, 61-64; n. 3720, 1985, 91-96.

COELHO, Francisco Manuel Pereira – Acórdão de 24 de Outubro de 1985, *Revista de Legislação e Jurisprudência*, A. 118, n.º 3740, 1986, 332-335; A. 119, n.º 3742, 1986, 8-15.

COELHO, F. M. Pereira – Casamento e Família no Direito Português, *in Temas de Direito da Família*, Coimbra, Almedina, 1986, 1-29.

COELHO, Francisco Manuel Pereira, *Curso de Direito da Família*, Coimbra, 1986.

COELHO, Francisco Manuel Pereira – Acórdão de 5 de Junho de 1985, *Revista de Legislação e Jurisprudência*, A. 119, n.º 3753, 368-377; A. 120, n.º 3756, 1987, 79-86.

COELHO, Francisco Manuel Pereira – Acórdão de 2 de Abril de 1987, *Revista de Legislação e Jurisprudência*, A. 122, n.ºs 3781, ps. 118-121; n.º 3782, ps. 135-143; n.º 3784, 1990, 206-209.

COELHO, Francisco Manuel Pereira – Acórdão de 10 de Maio de 1988, *Revista de Legislação e Jurisprudência*, A. 123, n.ºs 3801, 1991, 366-371.

COELHO, Francisco Manuel Pereira *Direito das Sucessões*, Lições ao curso de 1973-1974, actualizadas em face da legislação posterior, Coimbra, 1992.

COELHO, F. M. Pereira; OLIVEIRA, Guilherme de – *Curso de Direito da Família*, Vol. I, 4. Ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2008.

COESTER, Michael – *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, Buch 4, Familienrecht, §§1297-1362, Neubearbeitung 2012 von Reinhard Voppel, Berlin, Sellier - de Gruyter, 2012.

COLOMER, André, Droit Civil. Régimes MAtrimoniaux, 7. Ed., Paris, Litec, 1995.

CORDEIRO, António Menezes – «A decisão segundo a equidade», *O Direito*, Ano 122.º, II, Abril-Junho, 1990, 261-280.

CORDEIRO, António Menezes – *Tratado de Direito Civil Português, Direito das Obrigações*, Vol. I, Tomo II, Coimbra, Almedina, 2000.

CORDEIRO, António Menezes – *Tratado de Direito Civil Português, Direito das Obrigações*, Vol. II, Tomo III, Coimbra, Almedina, 2010.

CORNU, Gérard, *Droit Civil. La Famille*, 7. Ed. Paris, Montchrestien, 2001

CORREIA, A. Ferrer – “A autonomia patrimonial como pressuposto da personalidade jurídica”, *in Revista de Legislação e Jurisprudência*, n.º 115, 1983

CORTE-REAL, Carlos Pamplona - Os efeitos sucessórios do casamento, *in Direito da Família e Política Social*, Porto, Publicações Universidade Católica, 2001, 55-63.

CORTE-REAL, Carlos Pamplona – *Direito da Família e das Sucessões*. Relatório, Suplemento da Revista da FDUL, Lisboa, Lex, 1995

COSTA, Américo de Campos – «Breves notas sobre a menoridade e as incapacidades no anteprojecto do Código Civil (1.ª revisão ministerial)», *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 133, Fevereiro, 1964, 5-53.

COSTA, Eva Dias – *Da Relevância da Culpa nos Efeitos Patrimoniais do Divórcio*, Coimbra, Almedina, 2005.

COSTA, Eva Dias – A eliminação do divórcio litigioso por violação culposa dos deveres conjugais. In *E Foram Felizes para Sempre...? Uma Análise Crítica do Novo Regime Jurídico do Divórcio*, (coord. Maria Clara Sottomayor e Maria Teresa Féria de Almeida), Coimbra, Coimbra Editora, 2010, 53-80.

COSTA, Mário Júlio de Almeida – *Direito das Obrigações*, 12.<sup>a</sup> Ed. revista e actualizada, Coimbra: Almedina, 2011.

COUTO, Georgina – «O que mudou nos processos de divórcio e das responsabilidades parentais com o novo Código de Processo Civil – existiu alguma oportunidade perdida?», *Julgar*, n. 24, 2014, 29-46.

CRETNEY, Stephen – *Family Law in the Twentieth Century. A History*, Oxford, New York, Oxford University Press, 2003.

CRUZ, Ana Maria Braga da, Cobrança da Pensão de Alimentos, In *Direito da Família e Política Social*, Porto, Publicações Universidade Católica, 2001, 101-110.

CRUZ, Guilherme Braga da, O problema do regime patrimonial de bens supletivo, no novo Código Civil português (Estado actual da questão), *Boletim do Ministério da Justiça*, n. 53, Fevereiro, 1956, 173-204.

CRUZ, Guilherme Braga da, Capacidade patrimonial dos cônjuges, *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 69, Outubro, 1957, 353-429.

CRUZ, Sebastião, *Direito Romano (Ius Romanum)*, I. Introdução. Fontes, 4.<sup>a</sup> edição, Coimbra, 1984.

CUNHA, Paulo Olavo – O sistema matrimonial português – algumas considerações acerca da coexistência do casamento civil e do casamento católico, in *Direito e Justiça*, vol. VII, 1993

CUNHA, Vanessa; ATALAIÁ, Susana – A evolução da conjugalidade em Portugal: principais tendências e modalidades da vida em casal, in *Famílias nos Censos 2011 Diversidade e Mudança* (Anabela Delgado, Karin Wall, coord.), INE, ICS, 2014, 155-174.

CURA, António Alberto Vieira – «Escolha da Conservatória do Registo Civil nos Processos Respeitantes a Relações Familiares, e a Determinação do Tribunal Competente – Alguns Problemas», *Boletim da Faculdade de Direito*, 86, 2010, 593-609.

CURA, António Alberto Vieira, *Mora debitoris no Direito Romano Clássico*, Lisboa, 2011.

DANDOUY, Nathalie – «Critères de calcul des pensions alimentaires: tentatives de précision de la part de la cour de cassation – arrêts des 16 avril 2004, 26 avril 2004 et 9 septembre 2004», *Revue trimestrielle de droit familial*, n. 4, 2004, 1033-1045.

DANDOUY, Nathalie – *Le lien alimentaire après la rupture du couple : reflet de l'engagement conjugal?*, Dissertation présentée en vue de l'obtention du grade de docteur en sciences juridiques, Promoteur : Professeur Jean-Louis Renchon, UCL Université catholique de Louvain. Faculté de droit, Institut pour la recherche en sciences juridiques (JUR-I) Centre de droit de la personne, de la famille et de son patrimoine (Cefap), Louvain-la-Neuve, 2012.

DANDOUY, Nathalie – Calcul des pensions alimentaires entre époux et après divorce — Analyse bisannuelle de décisions de jurisprudence (2014), chronique de jurisprudence *Revue trimestrielle de droit familial* — 4/2014797.

DANDOUY, Nathalie ; Favier, Yann ; Granet Frédérique – «Les justifications de la prestation compensatoire : Méthode pour l'approche comparée de quelques droits européens», *Revue Droit et Société*, 2016 (no prelo), gentilmente cedido pelos autores, s/p.

DAVID, Stéphane – «Calcul de la prestation compensatoire: propositions d'un expert», *AJ Famille*, Septembre, 2010, 350-359.

DAVID, Stéphane – «Les rendez-vous compensatoires», *AJ Famille*, 2013, p. 41 ss.

DELGADO, Abel – *O divórcio*, 2.<sup>a</sup> Edição, Lisboa, Livraria Petrony, 1994

DEPONDY, Alex – «La méthode de calcul d'un notaire-expert», *AJ Famille*, Septembre, 2010, 365-374.

DEPONDY, Alex - «Méthode de calcul de la prestation compensatoire. Tentative de perfectionnement de la méthode», *AJ Famille*, Octobre, 2011, 482-491.

DETHLOFF, Nina - *Unterhalt, Zugewinn, Versorgungsausgleich - sind unsere familienrechtlichen ausgleichssysteme noch zeitgemäss?*, München, C. H. Beck, 2008.

DETHLOFF, Nina, *Familienrecht*, München, Beck, 30. Aufl., 2012.

DETHLOFF, Nina; GUTDEUTSCH, Werner; KREMER, Marcel - «Bemessung des nahehelichen Unterhalts - Überwindung von Rechtsunsicherheit durch pauschalierende Berechnungen», *Familienrecht Zeitschrift*, Heft 20, 2010, 1708-1713.

DEWAR, John, «The Normal Chaos of Family Law», *The Modern Law Review* n. 4, vol. 61, July: 4, 1998, 67-485.

DIAS, Cristina M. Araújo - «Responsabilidade Civil e Direitos Familiares Conjugais (Pessoais e Patrimoniais) - Possibilidade de Indemnização ou Fragilidade de Garantia», *Scientia Juridica*, T. XLIX, n.ºs 286-288, 2000, 351-374.

DIAS, Cristina M. Araújo - *Compensações Devidas Pelo Pagamento de Dívidas do Casal (da Correção do Regime Actual)*, Coimbra, Coimbra Editora, 2003.

DIAS, Cristina M. Araújo - *Uma Análise do Novo Regime Jurídico do Divórcio*, Coimbra, Almedina, 2009.

DIAS, Cristina M. Araújo - *Do Regime da Responsabilidade por Dívidas dos Cônjuges. Problemas, Críticas e Sugestões*, Coimbra, Coimbra Editora, 2009.

DIAS, Cristina M. Araújo - O crédito pela compensação do trabalho doméstico prestado na constância do matrimónio (a contribuição consideravelmente superior de um dos cônjuges para os encargos da vida familiar - o art. 1676.º do Código Civil), In *E Foram Felizes para Sempre...? Uma Análise Crítica do Novo Regime Jurídico do Divórcio*, (coord. Maria Clara Sottomayor e Maria Teresa Féria de Almeida), Coimbra, Coimbra Editora, 2010, 199-226.

DIAS, Cristina - Breves notas sobre a responsabilidade civil dos cônjuges entre si: o novo regime do art. 1792.º do Código Civil (na redacção dada pela Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro) e a manutenção da irresponsabilidade ao nível dos efeitos

patrimoniais do casamento. In *Estudos dedicados ao Professor Doutor Luís Alberto Carvalho Fernandes*. Vol. I, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2011, 391-419.

DIAS, João António Álvaro – *Dano Corporal: Quadro Epistemológico e Aspectos Ressarcitórios*, Coimbra, Almedina, 2001.

DIDUCK, Alison – Family Law and Family Responsibility, In *Responsibility, Law and the Family*, Jo Bridgeman, Heather Keating and Craig Lind (eds.), Aldershot, Ashgate, 2008,

DIEDERICHSEN, Uwe – "Richtiges" Familienrecht, In *Festschrift für Karl Larenz zum 80. Geburtstag am 23. April 1983*, herausgegeben von Claus-Wilhelm Canaris und Uwe Diederichsen, München, Beck, 1983, 127-160.

DIEDERICHSEN, Uwe – Zum Denken in Rechtsbegriffen und Rechtsprinzipien im Unterhaltsrecht, In *Familie - ein öffentliches Gut?* (hrsg. Elke Völmicke, Gerd Brudermüller) Würzburg: Königshausen & Neumann, 2010, 15-49.

DÍEZ-PICAZO, Luís; GULLÓN, Antonio, *Sistema de Derecho Civil*, vol. IV, 10. Ed., Madrid, Tecnos, 2006.

DIFONZO, James Herbie - «Toward a Unified Field Theory of the Family: The American Law Institute's Principles of the Law of Family Dissolution», *Brigham Young University Law Review*, 2001, 923-960.

DINIS, Joaquim José de Sousa – «Avaliação e Reparação do Dano Patrimonial e Não Patrimonial (no domínio do Direito Civil)», *Julgar*, n.º 9, 2009, 29-42.

DOGLIOTTI, Massimo – *Doveri Familiari e Obbligazione Alimentare*. Milano, Giuffrè, 1994.

DONATI, Pierpaolo – *Pensiero sociale cristiano e società post-moderna*. Roma, An Veritas Editrice, 1997.

DONATI, Pierpaolo – *Manuale di sociologia della famiglia*, Bari, Editori Laterzi, 2007\*

DOUCET, Myriam – «Pour une meilleure prise en compte de la retraite dans le calcul de la prestation compensatoire», *AJ Famille*, 2013, 35 ss.

DOUGLAS, Gillian – Fairness and equality: the English Courts' Struggles with Property Division on Divorce, in *Lebendiges Familienrecht. Festschrift für Rainer Frank zum 70. Geburtstag an 14. Juli 2008* (herausgeben von Tobias Helms and Jens Martin Zeppernick), Frankfurt am Main, Berlin, Verlag für Standesamtswefen, 101-117.

EEKELAAR, John – *Family Law and Social Policy*, London: Weidenfeld and Nicolson, 1984.

EEKELAAR, John – «Equality and the Purpose of Maintenance», *Journal of Law and Society*, vol. 15, n. 2, Summer, 1988, 188-200.

EEKELAAR, John – «Are Parents Morally Obligated to Care for Their Children?», *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 11, n. 3, 1991, 340-353.

EEKELAAR, John – «Family Justice: Ideal or Illusion? - Family Law and Communitarian Values», *Current Legal Problems*, Vol. 48, Part. 2, 1995, 191-216.

EEKELAAR, John – *Family Law and Personal Life*, Oxford, Oxford University Press, 2006.

EEKELAAR, John – Empowerment and Responsibility: The Balance Sheet Approach in the *Principles* and English Law. In *Reconceiving the Family - Critique on the American Law Institute's Principles of the Law of the Family Dissolution*. e. R. F. Wilson). Cambridge, Cambridge University Press, 2006, 433-445.

ELLMAN, Ira Mark – «The Theory of Alimony», *California Law Review*, Vol. 77, n. 1, January, 1989, 1-81.

ELROD, Linda D.; SPECTOR, Robert G. – «A Review of the Year in Family Law 2006-2007: Judges Try to Find Answers to Complex Questions», *Family Law Quarterly*, Vol. 41, n. 4, Winter, 2008, 661 ss.

ESTEVES, Maria da Assunção A. – *Estudos de Direito Constitucional*, Coimbra, Coimbra Editora, 2001

ESTIN, Ann Laquer – «Can Families Be Efficient? A Feminist Appraisal», *Michigan Journal of Gender and Law*, Vol. 4, 1996-1997, 1-34.

ETZIONI, Amitai – Introduction: A Matter of Balance, Rights and Responsibilities. The Essential Communitarian Reader. e. A. Etzioni). Oxford, Rowman and Littlefield Publishers, 1998, ix-xxiv

ETZIONI, Amitai – The Responsive Communitarian Platform: Rights and Responsibilities. The Essential Communitarian Reader. A. E. ed.). Oxford, Rowan & Littlefield Publishers, 1998, xxv-xxxviii

FALZEA, Angelo – «Il dovere di contribuzione nel regime matrimoniale della famiglia», *Rivista di Diritto Civile*, Anno XXIII, Parte Prima, 1977, 609-637.

FARIA, Jorge Leite Areias Ribeiro de – *Direito das Obrigações*, vol. I, Coimbra, Almedina, 2003.

FARIA, Paulo Ramos de; Loureiro Ana Luísa – Primeiras Notas Ao Novo Código De Processo Civil, Os artigos da Reforma, 2.<sup>a</sup> Ed., Vol. I, 2014.

FERGUSON, Lucinda – «Family, Social Inequalities, and the Persuasive Force of Interpersonal Obligation», *International Journal of Law, Policy and the Family*, Vol. 22, n. 1, April, 2008, 61-90.

FERNANDES, Ana Alexandre – «Velhice, solidariedades familiares e política social - itinerário de pesquisa em torno do aumento da esperança de vida», *Sociologia, problemas e práticas*, n.º 36, 2001, 39-52.

FERNÁNDEZ CAMPOS, Juan Antonio, La Inacabada Reforma de la Legítima del Cónyuge Viudo, in *La Familia en el Derecho de Sucesiones: Cuestiones Actuales y Perspectivas de Futuro*, (coord. Ángel Luis Rebolledo Varela), Madrid, Dykinson S.L., 2010, 263-296.

FERREIRA, Rui Cardona – «A perda de chance – análise comparativa e perspetivas de ordenação sistemática», *O Direito*, Ano 144.º, 2013, vol. I, 29-58.

FIALHO, António José – «Comentário ao Acórdão da Relação de Évora, de 10 de Novembro de 2010», *Lex Familiae - Revista Portuguesa de Direito da Família*, Ano 7, n.º 14, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, 123-137.



FIALHO, António José – Guia Prático do Divórcio e das Responsabilidades Parentais (2.ª Edição) (coord. Manuel José Aguiar Pereira e Helena Bolieiro), Centro de Estudos Judiciários, Dezembro de 2013.

FIGONE, Alberto - I Contratti della Crisi Familiare. In *Crisi della famiglia e obblighi di mantenimento nell'Unione Europea*. (a cura di Vincenzo Roppo e Giovanna Savorani), Torino, Giapichelli, 2008, 133-139.

FINEMAN, Martha Albertson – «Cracking the Foundational Myths: Independence, Autonomy and Self-Sufficiency», *Journal of Gender, Social Policy and the Law*, Vol. 8, 2000, 13-30.

FINEMAN, Martha Albertson – «The Vulnerable Subject: Anchoring Equality in the Human Condition», *The Yale Journal of Law and Feminism*, Vol. 20, 2008-2009, 1-23.

FINEMAN, Martha Albertson – Responsibility, Family and the Limits of Equality: An American perspective, *In Taking Responsibility, Law and the Changing Family* (ed. Craig Lind, Heather Keating, Jo Bridgeman), Padstow, Cornwall, Ashgate, 2011, 37-49.

FRADA, Manuel António de Castro Portugal Carneiro – Contrato e deveres de protecção, *Boletim da Faculdade de Direito, Suplemento XXXVIII*, Coimbra, 1994, 161-435.

FRADA, Manuel A. Carneiro – *Direito Civil – Responsabilidade Civil – O método do caso*, Coimbra, Almedina, 2006.

FRADA, Manuel António de Castro Portugal Carneiro – *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*. Coimbra, Almedina. 2007.

FRANZ, Carolyn J.; DAGAN, Hanoch – «Properties of Marriage», *Columbia Law Review*, vol. 104, 2004, 75-133.

FREITAS, Douglas Phillips Alimentos gravídicos e a Lei n. 11.804/08, *in Direito das Famílias* (coord. Marcos Ehrhardt Júnior e Leonor Barreto Moreira Alves), Editora JusPodium, 2010.

FREITAS, José Lebre de – *Código de Processo Civil Anotado*, vol. 2.º, artigos 381.º a 675.º, 2.ª Edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2008.

FREITAS, José Lebre de – Introdução ao Processo Civil. Conceito e princípios gerais à luz do novo código, 3.<sup>a</sup> edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2013.

FROSINI, Vittorio – «Il giudizio di equità e il giudice di pace», *Rivista di Diritto Civile* Anno XLII, n. 2, Marzo-Aprile, 1996, 143-151.

FUSARO, Andrea – *Il Regime Patrimoniale della Famiglia*, Padova, Cedam, 1990.

FUSARO, Andrea – Autonomia Privata e Mantenimento: I Contratti di Vitalizio Atipico. Crisi della famiglia e obblighi di mantenimento nell'Unione Europea (a cura di Vincenzo Roppo e Giovanna Savorani) Torino, Giapichelli Editore, 2008, 125-131.

GALSTON, William – A Liberal-Democratic Case for the Two-Parent Family. In *The Essential Communitarian Reader*. (ed. Amitai Etzioni). Oxford, Rowman and Littlefield Publishers. 1998, 145-155.

GARCÍA CANTERO, Gabriel – *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Tomo II, Arts. 42-107 del Código Civil, Editorial Revista de Derecho Privado, Editoriales de Derecho Reunidas, Manuel Albaladejo (dir.), Madrid, 1982.

GARRISON, Marsha – «Good Intentions Gone Awry: The Impact of New York's Equitable Distribution Law», *Brooklyn Law Review*, Vol. 57, 1991-1992, 621-754.

GERALDES, António Abrantes - Temas da Reforma do Processo Civil, IV volume, Coimbra, Almedina, 2001.

GERNHUBER, Joachim; Coester-Waltjen, Dagmar – *Familienrecht*, 6. Aufl., München, C. H. Beck, 2010.

GERSÃO, Eliana – «A igualdade jurídica dos cônjuges - a propósito do projecto de Código Civil», *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, Ano XIII, 1966, 25-64.

GIDDENS, Anthony, *The Consequences of Modernity*, Polity Press, 1990.

GIL MIQUEO, J. - El convenio regulador, In *Derecho de Familia* (ed. Carlos Villagrasa Alcaide). Barcelona, Bosch, 2011, 333-368.

GILLIGAN, Carol – *In a Different Voice: Psychological Theory and Women's Development*. Cambridge, Massachusetts, and London, England, Harvard University Press, 1982.

GLENDON, Mary Ann – *The Transformation of Family Law*. Chicago and London, The University of Chicago Press, 1996.

GLENDON, Mary Ann – «The New Family and the New Property», *Tulane Law Review*, vol. 53, 1978-1979, 697-712.

GLENDON, Mary Ann – *New Family New Property*, Toronto, Butterworths, 1981

GLENDON, Mary Ann – «“Absolute” Rights: Property and Privacy», In *The Essential Communitarian Reader* (ed. A. Etzioni). Oxford, Rowman and Littlefield Publishers, 1998.

GLENDON, Mary Ann – Introduction: Family Law in a Time of Turbulence. International Encyclopedia of Comparative Law. Vol. IV - Persons and Family. (eds. Aleck Chloros, Max Rheinstein, Mary Ann Glendon). Tübingen/ Leiden, Boston, Mohr Siebeck/ Martinus Nijhoff Publishers, 2004

GODBOUT, Jacques – *O Espírito da Dádiva*, Lisboa, Instituto Piaget, 1992.

GOMES, Júlio Manuel Vieira – *O conceito de enriquecimento, o enriquecimento forçado e os vários paradigmas*, Universidade Católica Portuguesa, Porto, 1998.

GOMES, Júlio Vieira – «Sobre o dano da perda de chance», *Direito e Justiça*, Vol. XIX, Tomo II, 2005, 9-47.

GOMES, Júlio Manuel Vieira – «Ainda sobre a figura do dano de perda de oportunidade ou perda de chance», *Cadernos de Direito Privado*, II Seminário dos Cadernos de Direito Privado “Responsabilidade Civil”, n.º especial 02, Dezembro 2012, 17-29.

GOMÉS-FERRER SAPIÑA, Rafael, "Ejercicio de la jurisdicción voluntaria por el notario", in *Revista Juridica del Notariado*, n. II extraordinario, 1993

GONÇALVES, Luiz da Cunha – *Tratado de Direito Civil*, vol. II, Coimbra, Coimbra Editora, 1930.

GONÇALVES, Luiz da Cunha – *Tratado de Direito Civil*, vol. III, Coimbra, Coimbra Editora, 1930.

GONÇALVES, Luiz da Cunha – Tratado de Direito Civil, vol. IV, Coimbra, Coimbra Editora, 1931.

GONÇALVES, Luiz da Cunha – Tratado de Direito Civil, vol. VI, Coimbra, Coimbra Editora, 1932.

GONÇALVES, Luiz da Cunha – Tratado de Direito Civil, vol. VII, Coimbra, Coimbra Editora, 1933.

GONÇALVES, Luiz da Cunha – *Direitos de Família e Direitos das Sucessões*, Coleção Jurídica Portuguesa, Lisboa, Edições Ática, 1955.

GONÇALVES, Maria João – «O Novo Regime do Processo de Inventário: Contributo para Definição de Remessa das Partes para os Meios Comuns», *Julgar*, n. 24, 2014, 143-150.

GORGONI, G. – «La Responsabilità come Progetto. Primi Elementi per un'Analisi dell'Idea Giuridica di Responsabilità Prospettica», *Diritto e Società*, Vol. 2, 2009, 243-292.

GOVERNATORI, Silvia – Il quadro normativo e l'interpretazione giurisprudenziale. *In Come calcolare gli assegni di mantenimento nei casi di separazione e divorzio. Un approccio interdisciplinare tra diritto, statistica ed economia*, Milano, Giuffrè, 2009, 3-141.

GUIMARÃES, Maria de Nazareth Lobato de – Alimentos, In *Reforma do Código Civil*, Lisboa, Ordem dos Advogados, Conselho Geral, Instituto da Conferência, 1981, 171-2177.

HART, H. L. A. – «Varieties of Responsibility», *The Law Quarterly Review*, Vol. 83, July, 1967, 346-364.

HAUSHEER, Heinz *Berner Kommentar: Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht; schweizerisches Zivilgesetzbuch*, Bd. 2. Das Familienrecht, Abt. 1. Das Eherecht. Teilbd. 2. Die Wirkungen der Ehe in allgemeinen. Artikel 159-180 ZGB, (hrsg. Professor Dr. Heinz Haurheer), 2. Aufl. Bern, Stämpfli Verlag AG, 1999.

HENAGHAN, Mark, «The Normal Order of Family Law», *Oxford Journal of Legal Studies* Vol. 28, n. 1, Spring, 2008, 165-182.

HENRICH, Dieter – Zur Eröffnung des 3. Regensburger Symposium für Europäisches Familienrecht, in *Familiäre Solidarität - Die Begründung und die Grenzen der Unterhaltspflicht unter Verwandten im europäischen Vergleich* (herausgegeben von Dieter Schwab, Dieter Henrich), Bielefeld, Ernst und Werner Giesecking, 1997, 1-8.

HENRICH, Dieter – «Autonomia Testamentaria V. Successione Necessaria», *Familia - Rivista di diritto della famiglia e delle successioni in Europa*, Vol. 2, aprile-giugno, 2001, 411-418.

HERRING, Jonathan – *Family Law*, Longman Law Series, Harlow, Pearson, 6. Ed., 2013.

HERRING, Jonathan – *Family Law: a very short introduction*, Oxford, Oxford University Press, 2014.

HÖRSTER, Heinrich Ewald, «A respeito da responsabilidade civil dos cônjuges entre si (ou: a doutrina da fragilidade da garantia será válida)», *Scientia iuridica*, Braga, t.44, n.253-255, (Jan.-Jun.1995), 113-124.

HÖRSTER, Heinrich Ewald, A responsabilidade civil entre os cônjuges, in *E Foram Felizes para Sempre...? Uma Análise Crítica do Novo Regime Jurídico do Divórcio*, (coord. Maria Clara Sottomayor e Maria Teresa Féria de Almeida), Coimbra, Coimbra Editora, 2010, 91-112 .

HÖRSTER, Heinrich Ewald, *A Parte Geral do Código Civil Português - Teoria Geral do Direito Civil*, 4.<sup>a</sup> Reimpressão), Coimbra, Almedina, 2007.

INGLEBY, Richard – «Lambert And Lampposts: The End Of Equality In Anglo-Australian Matrimonial Property Law?», *International Journal of Law, Policy & the Family*, Aug 2005, Vol. 19 Issue 2, 137-147.

INSTITUTO NACIONAL DE ESTATÍSTICA, *Censos 2011 Resultados Definitivos – Portugal*, Instituto Nacional de Estatística, I.P., Lisboa - Portugal, 2012.

JANI-LE BRIS, Hannelore, *Responsabilidade familiar pelos dependentes idosos nos países das Comunidades Europeias*, Dublin, CLEIRPPA, 1993.

JANNUZZI, Angelo; LOREFICE Paolo – *Manuale della Volontaria Giurisdizione*, Milano, Giuffrè Editore, 2002.

JAYME, Erik, «Pós-modernismo e Direito da Família», *Boletim da Faculdade de Direito*, Vol. LXXVIII, 2002, 209-221.

JONES, Daniel, «Rehabilitative Alimony — The Goal of Self Support», *The Journal Of Contemporary Legal Issues*, vol. 20, 2011-12, 25-28.

JORGE, Nuno de Lemos – «Função do Notário e Função do Juiz no Regime Jurídico do Processo de Inventário – Lei n. 23/2013, de 5 de Março», *Julgar*, n. 24, 2014, 123-130.

JOSÉ, Rosendo Dias – «Indemnizar pelo divórcio?», *Tribuna da Justiça*, Maio, 1985, 4 e 8.

JUSTO, A. Santos, *Direito Privado Romano – I. Parte geral (Introdução. Relação jurídica. Defesa dos direitos)*, 5.<sup>a</sup> edição, Studia Iuridica 50, Coimbra, 2011.

KATZ, Avery – «Reflections on Fuller and Perdue's The Reliance Interest in Contract Damages: a Positive Economic Framework», *Journal of Law Reform*, vol. 21, 1987-1988, 541-560.

KATZ, Sanford – *Family Law in America*, Oxford, New York, Oxford University Press, 2003.

KLEIN, Anne; SCHLECHTA, Bettina – «Will die Unterhaltsrechtsreform den Wert den Frau auf ihre Gebärtüchtigkeit reduzieren?», *FPR*, 2005, 496-502.

KLEMENT, Jan Henrik, *Verantwortung: Funktion und Legitimation eines Begriffs im Öffentlichen Recht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2006.

KORENKE, Thomas – *Nachehelicher Unterhalt. Vom Verschuldprinzip zum Vertrauensschutzprinzip*, Neuwied, Krißel, Luchterland, 1998.

KRAUSE, Harry D.; ELROD, Linda D.; GARRISON, Marsha; OLDHAM, J. Thomas – *Family Law. Cases, Comments and Questions*, 6. Ed., St. Paul, MN, Thomson West, 2007

KRAUSKOPF, Joan M. – «Recompense for financing spouse's education: legal protection for the marital investor in human capital», *Kansas Law Review*, vol. 28, 1979-1980, 379-417.

KRAUSKOPF, Joan M. – «Rehabilitative Alimony: Uses and Abuses of Limited Duration Alimony», *Family Law Quarterly*, Vol. XXI, n. 1, Winter, 1988, 573-589.

KRAUSKOPF, Joan M. – «Theories of Property Division/Spousal Support: Searching for Solutions to the Mystery», *Family Law Quarterly*, Volume XXIII, Number 2, Summer 1989, 253- 278.

KRAUSKOPF, Joan M. – «Comments on Income Sharing: Redefining the Family in Terms of Community», *Houston Law Review* Vol. 31, 1994-1995, 417-424.

KREMER, Marcel – *Das Prinzip der Familiären Solidarität im Unterhaltsrecht des BGB - mit Schwerpunkt nahehehlicher Unterhalt*, Bielefeld, Verlag Ernst und Werner Giesecking, 2010.

KROLL, Kathrin – *Zwischen Vertragsfreiheit und Inhaltskontrolle - Zur Frage der Wirksamkeit vorehelicher Unterhaltsverzichte*, Regensburg, S. Roderer Verlag, 2003.

KROLL, Kathrin – The Reform of German Maintenance Law, In *The International Survey of Family Law* (ed. Bill Atkin), Bristol Jordan Publishing, 2007, 85-99.

KRONBY, Malcolm C. – *Canadian Family Law*, Mississauga, Ontario, Wiley, 9. Ed., 2006.

LABRUSSE-RIOU, Catherine – Sécurité d'existence et sécurité familiale en droit privé: Étude comparative du droit des pays européens continentaux, In *Famille, État et Sécurité Économique d'Existence* (M. T. Meulders-Klein, J. Eekelaar eds.), Bruxelles, Kluwer, Vol. I, 1988, 99-135.

LACRUZ BERDEJO, José Luis; SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís; LUNA SERRANO, Agustín; DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús; RIVERO HÉRNANDEZ, Francisco; RAMS ALBESA, Joaquín – *Elementos de Derecho Civil*, t. IV, Familia, 4. Ed., Dykinson, Madrid, 2010.

LANDES, Elisabeth M. – «The Economics of Alimony», *The Journal of Legal Studies*, 7, 1978, 35-63.

LARENZ, Karl, *Richtiges Recht - Grundzüge einer Rechtsethik*. München, Beck, 1979.

LASARTE, Carlos, *Derecho de Familia - Principios de Derecho Civil VI*, Madrid, Marcial Pons, 2012.

LAVAGGI, Giuseppe, *Alimenti (Diritto Romano)*, in «Enciclopedia del Diritto», vol. 2, Milano, 1958.

LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes – O Enriquecimento sem Causa no Código Civil de 1966, In *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977*, Vol. III, Direito das Obrigações, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, 15-37.

LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes – *Direito das Obrigações*, vol. I, *Introdução. Da Constituição das Obrigações*, 12.<sup>a</sup> Ed, Coimbra, Almedina, 2015.

LEWIS, Jane, «Perceptions of Risk in Intimate Relationships at Entry to Partnership and with the Arrival of Children: the Implications for Social Provision», *Social Contexts and Responses to Risk Network (SCARR)*, ESRC, 1-21.

LIMA, Fernando Andrade Pires de – *O casamento putativo no direito civil português*, Coimbra, Coimbra Editora, 1929.

LIMA, F. A. Pires de – «Anteprojectos de dois títulos do novo código civil referentes às relações pessoais entre os cônjuges e à sua capacidade patrimonial», *Boletim do Ministério da Justiça*, Maio, n.º 56, 1956, 5-25.

LIMA, Pires de; Varela, Antunes – *Código Civil Anotado*, vol. I, Arts. 1.º a 761.º, 4.<sup>a</sup> Ed. revista e actualizada, Coimbra, Coimbra Editora, 1987.

LIMA, Pires de; Varela, Antunes – *Código Civil Anotado*, vol. IV, Arts. 1576.º-1795.º, 2.<sup>a</sup> Ed. revista e actualizada, Coimbra, Coimbra Editora, 1992.

LIMA, Pires de; Varela, Antunes – *Código Civil Anotado*, vol. V, Arts. 1796.º-2023º, Coimbra, Coimbra Editora, 1995.

LOBÃO, Manoel de Almeida e Souza de – *Tractado das obrigações recíprocas que produzem acções civis*, Lisboa, 1828.

LOPES, Alexandra Viana - «Divórcio e Responsabilidades Parentais», *Revista do CEJ*, 1º semestre 2009, nº 11, Almedina, Coimbra, 137-178.

LOUREIRO, João Carlos, «O político e o social em *Deus Caritas Est*: Entre a Justiça e a Caridade», *Estudos N. S.*, 7, 2006, 53-122.



LOUREIRO, João Carlos, «Saúde no fim da vida: entre o amor, o saber e o direito», *Revista Portuguesa de Bioética* n.º 3, Dezembro de 2007; n.º 4, Abril-Maio de 2008: pp. 263-280; pp. 237-283.

LOUREIRO, João Carlos, *Adeus ao Estado Social? A segurança Social entre o Crocodilo da Economia e a Medusa da Ideologia dos “Direitos Adquiridos”*, Coimbra, Coimbra Editora, 2010.

LOUREIRO, João Carlos, «Rostos e (des)gostos da(s) Europa(s): dom, fraternidade e pobreza(s)», *Revista da Universidade de Aveiro*, n.º 1 (II. série) 2012, 181-232.

LOUREIRO, João Carlos, *Responsabilidade(s), Pobreza e Mundo(s). Para uma Tópica (Inter)constitucional da pobreza*, In *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*, vol. I, *Responsabilidade: entre Passado e Futuro* (org. Fernando Alves Correia, Jónatas E. M. Machado, João Carlos Loureiro), Coimbra, Coimbra Editora, 2012, 395-424.

LOUREIRO, João Carlos, «Cidadania, Protecção Social e Pobreza Humana», *Boletim da Faculdade de Direito*, Vol. XC, Tomo I, Coimbra, 2014, 71-137.

LOWE, Nigel; DOUGLAS, Gillian – *Bromley’s Family Law*, 10. Ed., Oxford, Oxford University Press, 2007.

LÜDERITZ, *Familienrecht*, München, Beck, 1999.

LUHMANN, Niklas – *Vertrauen*, 4. Auf., Stuttgart: Lucius & Lucius, 2000.

MACHADO, João Baptista – *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, 13.<sup>a</sup> reimp., Coimbra, Almedina, 2002.

MACLEAN, Mavis, *What Can a Socio Legal Approach Contribute to the Study of Law, with Particular Reference to Family Law*, in *Direito da Família e Política Social*, Porto, Publicações Universidade Católica, 2001, 37-42.

MALAURIE, Philippe, FULCHIRON, Hughes, *La Famille*, 4. Ed., Paris, Defrénois, Lextenso éditions, 2011.

MARQUES, Filipe César Vilarinho – «A Homologação da Partilha», *Julgar*, n. 24, 2014, 151-163.

MARQUES, J. P. Remédio, Aspectos sobre o cumprimento coercivo das obrigações de alimentos, competência jurisdicional, reconhecimento e execução de decisões estrangeiras, in *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977*. Coimbra, Coimbra Editora. vol. I - Direito da Família e das Sucessões, 2004, 613-709.

MARQUES, J. P. Remédio, *Algumas Notas sobre Alimentos (Devidos a Menores) "Versus" o Dever de Assistência dos Pais Para Com os Filhos (Em Especial Filhos Menores)*, 2.<sup>a</sup> Ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2007.

MARQUES, J. P. Remédio, «Em torno do estatuto da pessoa idosa no direito português - obrigação de alimentos e segurança social» Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Vol. LXXXIII, Coimbra, 2007, 183-217.

MARQUES, J. P. Remédio, «O nascimento e o *dies a quo* da exigibilidade do dever de prestar por parte do Fundo de Garantia de Alimentos Devidos a Menores – Ac. de Uniformização de Jurisprudência n.º 12/2009, de 7.7.2009, Proc. 0682/09», *Cadernos De Direito Privado*, 34 (Abril/Junho), 2011, 20-36.

MARQUES, J. P. Remédio, *Acção Declarativa à Luz do Código Revista*, 3.<sup>a</sup> Ed., Coimbra, Coimbra Editora.

MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, Nieves, Los mayores como beneficiarios de prestaciones familiares, in *Protección Jurídica de los Mayores*, Madrid, La Ley, 2004

MARTINS, Maria Inês de Oliveira – «Do Direito à Segurança Social», *Boletim de Ciências Económicas*, vol. LVI, 2013, 167-212.

MARTINS, Rosa; VÍTOR, Paula Távora, O direito dos avós às relações pessoais com os netos na jurisprudência recente, *Revista Julgar*, n.º 10, Janeiro-Abril, 2010

MARTINS, Rosa; VÍTOR, Paula Távora, A propósito do “Direito de Visita” dos Avós no Contexto Português – Algumas Reflexões acerca do seu Fundamento e Natureza Jurídica, in *O Cuidado como Valor Jurídico* (Tânia da Silva Pereira; Guilherme de Oliveira eds.), Editora Forense, Rio de Janeiro, 2008

MARTINS, Rosa, *Menoridade – (In)capacidade e Cuidado Parental*, Coimbra, Coimbra Editora, 2008.

MARTINS, Rosa Cândido – La muerte del matrimonio: ¿mito o realidad en el Derecho Portugués, *Anuario de la Faculdade de Dereito da Universidade da Coruña*, n.º 16, 2012, 325-334.

MARTINY, Dieter – *Unterhaltsrang und -rückgriff - Mehrpersonenverhältnisse und Rückgriffsansprüche im Unterhaltsrecht Deutschlands, Österreichs, der Schweiz, Frankreichs, Englands und der Vereinigten Staaten von Amerika*. Tübingen, Mohr Siebeck, 2000

MARTINY, Dieter, Divorce and Maintenance Between Former Spouses, *in Perspectives for the Unification and Harmonisation of Family Law in Europe* (ed. Katharina Boele-Woelki), Antwerpen, Oxford, New York, Intersentia, 529-550.

MASSIP, Jacques – *Le Nouveau Droit du Divorce*, Defrénois, 2005.

MASSON, Judith ; BAILEY-HARRIS, Rebecca ; PROBERT, Rebecca – *Cretney's Principles of Family Law*, 8. Ed., London, Sweet and Maxwell, 2008.

MAUSS, Marcel – *Ensaio sobre a Dádiva*, Lisboa, Edições 70, 1988.

MEALHA, Esperança Pereira – *Acordos Conjugais para Partilha dos Bens Comuns*, Coimbra, Almedina, 2009.

MELLI, Marygold S. – «Constructing a Social Problem: The Post-Divorce Plight of Women and Children», *American Bar Foundation Research Journal*, 1986, 759-772.

MENDES, João de Castro – «L'obligation alimentaire en droit compare», *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, vol. XXIV, 1972, 51-83.

MENDES, João de Castro – *Direito Processual Civil*, vol. I, Lisboa, Edição da Associação Académica, Universidade de Lisboa, Faculdade de Direito, 1978/1979.

MENDES, João de Castro; SOUSA, Miguel Teixeira – *Direito da Família*, Lisboa, AAFDL, 1990/1991.

MENNE, Martin «Die Unterhaltsrechtsreform: Der Unterhalt des geschiedene Ehegatten», FPR, 2005, 323-327.

MESQUITA, Manuel Henrique – *Obrigações e Ónus Reais*, 2.<sup>a</sup> reimp., Coimbra, Almedina, 2000

METZ, Bernhard, *Rechtsethische Prinzipien des nahehelichen Unterhalts - Eine Kritik an der nachwirkenden ehelichen Solidarität*. Frankfurt am Main, Peter Lang, 2005.

MIRALLES GONZÁLEZ, Isabel – «El deber de contribución a las cargas del matrimonio», *Revista Jurídica de Catalunya*, Any LXXXVI, núm. 3, 1987, 583-615.

MIRALLES GONZÁLEZ, Isabel – «La compensación económica por razón de trabajo en el Libro segundo del Código Civil de Cataluña: algunas cuestiones civiles y fiscales», *Indret - Revista para el Análisis del Derecho*. Barcelona. Enero 2012, 2-24.

MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui – *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo III, Coimbra, Coimbra Editora, 2007.

MNOOKIN, Robert H.; KORNHAUSER, Lewis – «Bargaining in the Shadow of the Law: The Case of Divorce», *The Yale Law Journal*, vol. 88, n. 5, April, 1979, 950-997.

MONTEIRO, António Pinto – *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*, Separata do vol. XXVIII do Suplemento ao Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 1985

MONTEIRO, Jorge Ferreira Sinde – Responsabilidade Civil, *Revista de Direito e Economia*, Ano IV, n.º 2, Julho/Dezembro, 1978, 314-415.

MONTEIRO, Jorge Ferreira Sinde – *Responsabilidade por Conselhos, Recomendações ou Informações*, Coimbra, Almedina, 1989.

MONTEIRO, Jorge Ferreira Sinde – Relatório sobre o programa, conteúdo e métodos de uma disciplina de responsabilidade civil (Curso de Mestrado), Coimbra, 2001.

MORENO MOZO, Fernando – *Cargas del matrimonio y alimentos*, Granada, Comares, 2008.

MÚRIAS, Pedro Ferreira – «A responsabilidade por actos de auxiliares e o entendimento dualista da responsabilidade civil», *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, XXXVII, n. 1, 1996, 171-217.

NEIRINCK, Claire – De la parenté à la parentalité, In *De la parenté à la parentalité*, Toulouse, Éditions Érès, 2001, 15-28.

NEVES, António Castanheira – “O Instituto dos “Assentos” e a Função Jurídica dos Supremos Tribunais”, in *Revista de Legislação e Jurisprudência [Separata]*, Coimbra, Coimbra Editora, 1983

NEVES, António Castanheira – *Metodologia Jurídica – Problemas Fundamentais*, Coimbra, Coimbra Editora, 1993.

NEVES, António Castanheira – “A imagem do Homem no universo prático”, in *Digesta*, vol. I, Coimbra, Coimbra Editora, 1995

NEVES, António Castanheira – “Dignidade da Pessoa Humana e Direitos do Homem”, in *Digesta*, vol. II, Coimbra, Coimbra Editora, 1995

NEVES, António Castanheira – «Pessoa, Direito e Responsabilidade», *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 6, Fasc. 1.º, Janeiro-Março, 1996, 9-43.

NEVES, Ilídio das – “Alguns problemas sobre a reforma da Segurança Social”, in *Intervenção Social*, 17/18, Dez 1998, pp. ...

NIETO ALONSO, A. – «Efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio. Especial consideración al convenio regulador y a la pensión compensatoria.», *Boletim da Faculdade de Direito*, Vol. LXXIX, 2003, 523-579.

NÚNCIO, Maria José – *Mulheres em dupla jornada: a conciliação entre o trabalho e a família*, Universidade Técnica de Lisboa, Instituto Superior de Ciências Sociais e Políticas, 2008.

OAKS, Dallin H. – Rights and Responsibilities. In *The Essential Communitarian Reader* (ed. Amitai Etzioni) Oxford, Rowman and Littlefield Publishers. 1998.

OKIN, Susan Moller – *Justice, Gender and the Family*, New York, Basic Books, Inc., 1989.

OLIVEIRA, Guilherme de – *Critério Jurídico da Paternidade*, Coimbra, Gráfica de Coimbra, 1983.

OLIVEIRA, Guilherme de – O Direito da Família, in *Temas de Direito da Família*, Coimbra, Coimbra Editora, 2001, 223-230.

OLIVEIRA, Guilherme de – Sobre o Contrato-promessa de partilha de bens comuns, *in Temas de Direito da Família*, Coimbra, Coimbra Editora, 2001, 243-272.

OLIVEIRA, Guilherme de – Um Direito de família europeu? – (Play it again and again...Europe!), *in Temas de Direito da Família*, Coimbra, Coimbra Editora, 2001, 319-331.

OLIVEIRA, Guilherme de – Queremos amar-nos, mas não sabemos como!, *in Temas de Direito da Família*, Coimbra, Coimbra Editora, 2001, 333-346.

OLIVEIRA, Guilherme de – Transformações do Direito da Família. In *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977*, Vol. I, Direito da Família e das Sucessões, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, 763-790.

OLIVEIRA, Guilherme de – «Dois numa só carne», *Lex Familiae – Revista Portuguesa de Direito da Família*, n.º 3, Ano 2, 2005, 5-12.

OLIVEIRA, Guilherme de – «O regime do divórcio em Portugal. A propósito do novo projecto espanhol – um caso de “paralelismo espontâneo”?», *Lex Familiae - Revista Portuguesa de Direito da Família*, Ano 2, n.º 4, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, 7-20.

OLIVEIRA, Guilherme de – «A Nova Lei do Divórcio», *Lex Familiae – Revista Portuguesa de Direito da Família*, n.º 13, Ano 7, 2010, 5-32.

OLIVEIRA, Guilherme de – «Notas sobre a Lei n.º 23/2010, de 30 de Agosto (Alteração à Lei das Uniões de Facto)», *Lex Familiae - Revista Portuguesa de Direito da Família*, Ano 7, n. 14, 2010, 139-153

OLSEN, Frances E. – «The family and the market: a study of ideology and legal reform», *Harvard Law Review*, Vol. 96, 1497-1578.

ORESTANO, Riccardo, *Alimenti (Diritto Romano)*, in «Novissimo Digesto Italiano», vol. 1 (Torino, 1957).

ORTUÑO MUÑOZ, Pascual – Article 41. In *Comentaris al Codi de Família, a la Llei d'Unions Estables de Parella i a la Llei de Situacions Convivencials d'Ajuda Mútua*. Joan Egea i Fernández; Josep Ferrer i Riba (dir.); Albert Lamarca i Marquès; Covadonga Ruisánchez Capelastegui (coord.). Madrid, Tecnos, 2000, 231-257.

PADIAL ALBÁS, Adoración – *La Obligación de Alimentos entre Parientes*, Barcelona, Bosch, 1997

PAIVA, Adriano – *A Comunhão de Adquiridos. Das Insuficiências do Regime no Quadro da Regulação das Relações Patrimoniais Entre os Cônjuges*, Coimbra, Coimbra Editora, 2008.

PAIVA, Eduardo Sousa; CABRITA, Helena – *Manual do processo de inventário à luz do novo regime*, 1. Ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2013.

PAIVA, Eduardo de Sousa – «O Novo Processo de Inventário. Traves Mestras. Tutela Jurisdicional. Algumas Questões», *Julgar*, n. 14, 2014, 105-122.

PARADISO, Massimo – *I rapporti personali tra coniugi. Art. 143-148*. Milano, Giuffrè, 1990.

PARKMAN, Allen M. – «The ALI Principles and Marital Equality», *Duke Journal of Gender Law & Policy*, n. 8, 2001, 157-166.

PATRÃO, Afonso – «Os acordos complementares no divórcio por mútuo consentimento», *Lex Familiae - Revista Portuguesa de Direito da Família*, Ano 2, n.º 4, 2005, 103-110.

PATTI, Salvatore – Intra-Family Torts (Chapter 9) In *International Encyclopedia of Comparative Law*. Vol. IV - Persons and Family, M. R. (eds. Aleck Chloros, Mary Ann Glendon), Tübingen/ Leiden, Boston, Mohr Siebeck/ Martinus Nijhoff Publishers, 2004, 3-26.

PEDRO, Rute Teixeira – *A Responsabilidade Civil do Médico. Reflexões sobre a noção da perda de chance e a tutela do doente lesado*, Coimbra, Coimbra Editora, 2008.

PEDRO, Rute Teixeira – “Family solidarity and the principle of self-sufficiency – the role played by the obligation of spousal maintenance: an overview of the Portuguese Law”, *International Journal of Law, Policy and the Family*, n.º 25, 2011, pp. 244-259

PEREDA GÁMEZ, Francisco Javier (2007). *Las Cargas Familiares. El régimen económico de las familias en crisis*. Madrid La Ley. \*

PERRY Twila L. – «No-Fault Divorce and Liability Without Fault: Can Family Law Learn from Torts?», *Ohio State Law Journal*, n. 52, 1991, 55-94.

PETERSON, Richard R., «Reevaluating the economic consequences of divorce», *American Sociological Review*, vol. 61, n. 3, June 1996, 528-536.

PETERSON, Richard R., «Statistical Errors, Faulty conclusions, Misguided Policy: Reply to Weitzman», *American Sociological Review*, vol. 61, n. 3, June 1996, 539-540.

PHILIPPE, Catherine, *Le devoir de secours et d'assistance entre époux. Essai sur l'entraide conjugale*, Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1981.

PINHEIRO, Jorge Duarte, *O núcleo intangível da comunhão conjugal - os deveres conjugais sexuais*, Coimbra, Almedina, 2004.

PINHEIRO, Jorge Duarte, *O Direito da Família Contemporâneo*, Lisboa: AAFDL, 2008.

PINHEIRO, Jorge Duarte, *O Direito da Família Contemporâneo*, Lisboa, AAFDL, 2011.

PINHEIRO, Jorge Duarte, Ideologias e Ilusões no Regime Jurídico do Divórcio e das Responsabilidades Parentais, in *Estudos em Homenagem a Carlos Ferreira de Almeida*, vol. III, Coimbra, Almedina, 2011, 475-488.

PINHEIRO, Jorge Duarte, *O Direito da Família Contemporâneo*, Lisboa, AAFDL, 2013.

PINTO, Carlos Alberto da Mota – *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.<sup>a</sup> Ed. por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto, Coimbra, Coimbra Editora, 2005.

PINTO, Paulo Mota – «O direito ao livre desenvolvimento da personalidade», in Portugal-Brasil Ano 2000, Tema Direito, Coimbra Editora, Coimbra, 1999, 149-246.

PINTO, Paulo Mota – *Interesse Contratual Negativo e Interesse Contratual Positivo*, vol. I, Coimbra, Coimbra Editora, 2008.

PINTO, Paulo Mota – *Interesse Contratual Negativo e Interesse Contratual Positivo*, vol. II, Coimbra, Coimbra Editora, 2008.

PINTO, Fernando Brandão Ferreira – *Causas do divórcio*, 3. Ed., Porto, ELCLA 1996.

PIRES, Luís Miguel Simões Lucas – «Os aspectos processuais e as garantias do direito a alimentos», *Lex Familiae - Revista Portuguesa de Direito da Família*, Ano 1, n. 2, 2004, 43-77.



PITÃO, José António França, *A posição do cônjuge sobrevivente no actual Direito Sucessório Português*, 4.ª ed., Coimbra, Almedina, 2005.

PITÃO, José António França, *União de Facto e Economia Comum*, 3.ª Ed, Coimbra, Almedina, 2011.

PIWNICA, Dominique – «Évaluation de la prestation compensatoire: un exercice divinatoire?», *AJ Famille*, 2013, 12 ss.

PLANIOL, Marcel ; RIPERT, Georges – *Traité Pratique de Droit Civil Français*, 2. Ed, La Famille, Paris, Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, 1952.

POLINSKY, A. Mitchell – *An Introduction to Law and Economics*, 3. Ed., New York, Aspen Publisher, 2003.

PORTUGAL, Sílvia, *Família e Política Social em Portugal*, in *Direito da Família e Política Social*, Porto, Publicações Universidade Católica, 2001, 21-36.

POSNER, Richard A., *Economic Analysis of Law*, 9. Ed., New York, Wolters Kluwer 2014.

PRIBNOW, Volker; Widmer, Rolf; Sousa-Poza, Alfonso; Geiser, Thomas – «Die Bestimmung des Haushaltsschadens auf der Basis der SAKE - Von der einsamen Palme zum Palmenhain», *HAVE - Haftung und Versicherung Zeitschrift*, n.º 1, 2002, 24-41.

PROBERT, Rebecca – *Cretney and Probert's Family Law*, London, Sweet & Maxwell, 2012.

QUEIRÓ, Afonso Rodrigues – «A função administrativa», *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, Ano XXIV, Janeiro-Setembro, 1977

RADBRUCH, Gustav, *Filosofia do Direito*, vol. II, 4.ª Ed., Coimbra, Arménio Amado Editor, 1961.

RAMIÃO, Tomé d'Almeida – *O Divórcio e Questões Conexas. Regime Jurídico Actual*, 3.ª Edição, Lisboa, Quid Iuris, 2011.

RANGEL, Paulo de Castro – *Reserva de Jurisdição em Sentido Dogmático e Jurisprudencial*, Porto, Universidade Católica Portuguesa Editora, 1999

RAUSCHER, Thomas – *Familienrecht*, 2. Aufl., C. F. Müller Verlag, 2008

RAWLS, John – *A Theory of Justice*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1999.

REBOLLEDO VARELA, Ángel Luis – Capítulo Introductorio. La Actualización del Derecho Sucesorio Español Ante los Cambios Sociológicos y Jurídicos de la Familia: Conclusiones de una Investigación, in *La Familia en el Derecho de Sucesiones: Cuestiones Actuales y Perspectivas de Futuro*, (coord. Ángel Luis Rebolledo Varela), Madrid, Dykinson S.L., 2010, 23-41.

REICH, Charles, «The New Property», *The Yale Law Journal*, vol. 73, n. 5, April, 1964, 733-787.

REIS, J. Alberto dos; LIMA, F. A. Pires de – *Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 24 de Julho de 1945*, «Revista de Legislação e Jurisprudência», 78.º, 391-397.

RHEINSTEIN, M. – The family and the law, *International Encyclopedia of Comparative Law*. A. Chloros, M. Rheinstein and M. A. Glendon, Tübingen, Leiden — Boston, Mohr Siebeck, Martinus Nijhoff Publishers, Vol. IV Persons and Family, 1973, 3 e ss.

RIBEIRO, Joana Sousa, *Processos de Envelhecimento: A Construção de um Direito Emancipatório*, in *Direito da Infância, da Juventude e do Envelhecimento*, Coimbra, Coimbra Editora, 2005

RIBOT IGUALADA, Jordi – El fundamento de la obligación legal de alimentos entre parientes, in *Anuario de Derecho Civil*, Tomo LI, Fascículo III, Julio-septiembre, 1998.

RIBOT IGUALADA, Jordi – *Alimentos entre parientes y subsidiariedad de la protección social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

RICOEUR, Paul – *O Justo ou a Essência da Justiça*, Lisboa, Instituto Piaget, 1995.

ROCA TRIAS, Encarna, *Comentarios a los artículos 90 a 101 del Código Civil*, in *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, vol. I, Tecnos, Madrid, 1984, 540-649.

ROCA, Encarna, Family y Cambio social (De la “casa” a la persona), Cuadernos Civitas, 1999.

ROGERSON, Carol; THOMPSON, Rollie – *Spousal Support Advisory Guidelines*, July, 2008, 1-182, in [http://www.justice.gc.ca/eng/pi/fcy-fea/spo-epo/g-ld/spag/pdf/SSAG\\_eng.pdf](http://www.justice.gc.ca/eng/pi/fcy-fea/spo-epo/g-ld/spag/pdf/SSAG_eng.pdf)

ROGERSON, Carol – *Developing spousal support guidelines in Canada: Beginning the discussion*. Background Paper, December, 2002, 1-65.

ROLANDO, Cristina, *Alimenti e Mantenimento nel Diritto di Famiglia*. Tutela Civile, Penale, Internazionale. Milano, Giuffrè, 2006.

ROQUE, Helder – «Os conceitos jurídicos indeterminados no direito da família e sua integração», *Lex Familiae - Revista Portuguesa de Direito da Família*, Ano 2, n.º 4, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, 93-98.

ROQUE, Helder – Regulação do exercício do poder paternal. A situação do progenitor não detentor de guarda ou a outra face do poder paternal, in *Volume Comemorativo dos 10 anos do Curso de Protecção de Menores F.M. Pereira Coelho*, Coimbra, 2008, 123-146.

RUSCELLO, Francesco – *I rapporti personali fra coniugi*, Milano, Giuffrè, 2000.

RUSCELLO, Francesco – I diritti e i doveri nascenti dal matrimonio, in *Trattato di Diritto di Famiglia* (diretto da Paolo Zatti) - Famiglia e Matrimonio (a cura di Gilda Ferrando, Marcello Fortino, Francesco Ruscello), Vol. I, Tomo I, Milano, Giuffrè, 2011, 1007-1082.

RUTHERFORD, Jane; TISHLER, Barbara – “Equalizing the Cost of Divorce Under the Uniform Marriage and Divorce Act: Maintenance Awards in Illinois”, *Loyola University Chicago Law Journal*, Vol. 23, n. 3, Spring, 1992, 459-514.

SÁ, Domingos Carvalho de – *Do Inventário - Descrever, Avaliar e Partir*, 7. Ed., Coimbra, Almedina, 2014

SAINT-LEON, Dominique Martin – «L'évaluation de la prestation compensatoire ou la recherche de la pierre philosophale», *Gazette du Palais*, Recueil Septembre-Octobre, 2002, 1576-1587.

SAMUELSON, Paul A.; NORDHAUS, William D. – *Economics*, 19.<sup>a</sup> Ed., McGraw-Hill, 2010.

SANTORO-PASSARELLI, Francesco – Diritto e doveri reciproci dei coniugi, in Commentario al Diritto Italiano della Famiglia (dir. giorigo cia, Giorgio Oppo, Alberto Trabucchi), Tomo 2, Padova, CEDAM, 1992, 491-538.

SANTOS, Boaventura Sousa; FERREIRA, Sílvia – A reforma do Estado-Providência entre globalizações conflituantes, In Risco Social e incerteza – Pode o Estado recuar mais?, (org. Pedro Hespanha; Graça Carapinheiro), Afrontamento, 185 ss.

SANTOS, Boaventura Sousa – «Sociedade-Providência ou Autoritarismo estatal», *Revista Crítica de Ciências Sociais*, n. 42, Maio, 1995, 1ss

SANTOS, Eduardo – *Direito da Família*, Coimbra, Almedina, 1999.

SANTOSUOSSO, F. – Il Divorzio. In *Trattato di Diritto Privato* (dir. Pietro Rescigno) Torino, UTET. n.º 3, Persone e famiglia, Tomo Secondo, 1996, 293-397.

SAVATIER, R. – «Une personne morale méconnue: La famille en tant que sujet de droit.», *Recueil Hebdomanaire Dalloz* n.º 25, 1939, 49-52.

SCHNEIDER, Carl E. – «Moral Discourse and the Transformation of American Family Law», *Michigan Law Review*, vol. 83, n.º 8, Aug., 1985, 1803-1979.

SCHNEIDER, Carl E. – Rethinking Alimony: Marital Decisions and Moral Dicourse, in *Family, State and the Law*, Vol. II (ed. Michael D. Freeman), Dartmouth, Ashgate, 1999, 297-357.

SCHNEIDER, Carl E. – Afterword: Elite Principles: The ALI Proposals and the Politics of the Law Reform. In *Reconceiving the Family - Critique on the American Law Institute's Principles of the Law of the Family Dissolution*, (ed. Robin Fretwell Wilson), Cambridge, Cambridge University Press, 2006, 489-506.

SCHWAB, Dieter, *Familienrecht*, 11. Aufl., München, C. H. Beck, 2001.

SCHWAB, Dieter, GÖRTZ-LEIBLE, Monika – *Meine Rechte bei Trennung und Scheidung*. München, Deutscher Taschenbuch Verlag, 2008.

SCHWENZER Ingeborg – *Vom Status zur Realbeziehung*. Baden-Baden, Nomos, 1987.

SCHWENZER, Ingeborg – Restitution of Benefits in Family Relationships. In *International Encyclopedia of Comparative Law*. M. R. (eds. Aleck Chloros, Mary Ann Glendon). Tübingen/ Leiden, Boston, Mohr Siebeck/Martinus Nijhoff Publishers. Vol. X - Restitution/Unjust Enrichment and Negotiorum Gestio, 2007.

SCOTT, Elizabeth S.; Scott, Robert E., «Marriage as a Relational Contract», *Virginia Law Review*, Vol. 84, n. 7, October 1998, 1225-1334.

SELZNICK, Philip – Social Justice: a Communitarian Perspective. In *The Essential Communitarian Reader* (ed. Amitai Etzioni) Oxford, Rowman and Littlefield Publishers. 1998

SERRA, Adriano Paes da Silva Vaz – «Obrigações pecuniárias», *Boletim do Ministério da Justiça*, Janeiro, n. 52, 1956, 5-337.

SERRA, Adriano Paes da Silva Vaz – «Obrigação de alimentos», *Boletim do Ministério da Justiça*, Julho, n. 108, 1961, 19-194.

SERRA, Adriano Paes da Silva Vaz – «Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 7 de Maio de 1963», *Revista de Legislação e Jurisprudência*, Ano 96, n.º 3259 (345-352); n.º 3260 (355-363).

SERRA, Adriano Paes da Silva Vaz – «Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 21 de Junho de 1968», *Revista de Legislação e Jurisprudência*, Ano 102, 262-268.

SILBAUGH, Katherine B. – Money as Emotion in the Distribution of Wealth at Divorce. In *Reconceiving the Family - Critique on the American Law Institute's Principles of the Law of the Family Dissolution*. e. R. F. Wilson). Cambridge, Cambridge University Press, 2006, 234-248.

SILVA, Nuno Espinosa Gomes da – Posição sucessória do cônjuge sobrevivente, In *Reforma do Código Civil*, Lisboa, Ordem dos Advogados, Conselho Geral, Instituto da Conferência, 1981, 57-89.

SINGER, Jana B. – «Divorce Reform and Gender Justice», *North Carolina Law Review*, 67, 1989, 1103-1121.

SOTTOMAYOR, Maria Clara, Uma Análise Crítica do Novo Regime Jurídico do Divórcio, In *E Foram Felizes para Sempre...? Uma Análise Crítica do Novo Regime Jurídico do Divórcio*, (coord. Maria Clara Sottomayor e Maria Teresa Féria de Almeida), Coimbra, Coimbra Editora, 2010, 13-52.

SOTTOMAYOR, Maria Clara, Exercício conjunto das responsabilidades parentais: igualdade ou retorno ao patriarcado?, In *E Foram Felizes para Sempre...? Uma Análise Crítica do Novo Regime Jurídico do Divórcio*, (coord. Maria Clara Sottomayor e Maria Teresa Féria de Almeida), Coimbra, Coimbra Editora, 2010, 113-146.

SOTTOMAYOR, Maria Clara – Regulação do Exercício das Responsabilidades Parentais nos Casos de Divórcio, Coimbra, Almedina, 2011.

SOUSA, Miguel Teixeira de – *O Regime Jurídico do Divórcio*, Coimbra, Almedina, 1991.

SOUSA, Miguel Teixeira de – *Estudos sobre o Processo Civil*, 2.<sup>a</sup> Ed., Lisboa, Lex, 1997.

SOUSA, Rabbindranath Capelo de – O Direito Geral de Personalidade, Coimbra, Coimbra Editora, 1995.

SOUSA, Rabbindranath Capelo de – *Lições de Direito das Sucessões*, 4. Ed. renovada, Coimbra, Coimbra Editora, vol. I, 2000.

SOUSA, Rabbindranath Capelo de – *Lições de Direito das Sucessões*, 3. Ed. renovada, Coimbra, Coimbra Editora, vol. II, 2002.

SOUSA, Rabbindranath Capelo de – Os direitos sucessórios do cônjuge sobrevivente. Do Direito Romano à actualidade, Separata de Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Manuel Henrique Mesquita, vol. II, *Studia Juridica*, vol. 86, Coimbra: Coimbra Editora, 2009, 1009-1031.

SPAHT, Katherine Shaw – Postmodern Marriage as Seen through the Lens of the ALI's "Compensatory Payments". In *Reconceiving the Family - Critique on the American Law Institute's Principles of the Law of the Family Dissolution*. e. R. F. Wilson). Cambridge, Cambridge University Press, 2006, 249-268.

STARNEs, Cynthia – «Divorce and Displaced Homemaker: A Discourse on Playing with Dolls, Partnership Buyouts and Dissociation Under No-Fault», *The University of Chicago Law Review*, Vol. 60, 1993, 67-140.

STARNES, Cynthia Lee - «Victims, Breeders, Joy and Math: First Thoughts on Compensatory Spousal Payments under the Principles», *Duke Journal of Gender Law & Policy* 8, 137, 2001, 137-149.

STARNES, Cynthia Lee - «Mothers as Suckers: Pity, Partnership and Divorce Discourse», *Iowa Law Review*, Vol. 90, N. 4, April, 2005, 1513-1552.

STARNES, Cynthia Lee - «One More Time; Alimony, Intuition and the Remarriage Termination Rule», *Indiana Law Journal*, vol. 81, 2006, 971-999.

STARNES, Cynthia Lee - «Reflections on Betty Crocker, Soccer Mom and Divorce: A Message from Detergent Manufacturers», *Wisconsin Law Review* Vol. 1997, 1997, 285-294.

STARNES, Cynthia Lee - *The Marriage Buyout: The Troubled Trajectory of U.S. Alimony Law (Families, Law, and Society)*, New York University Press, 2014.

SUPER, David A. - «A new new property», *Columbia Law Review*, vol. 113, 2013, 1773-1896.

SVERDRUP, Tone - Compensating Gain and Loss in Marriage: a Scandinavian Comment on the ALI Principles. In *Reconceiving the Family - Critique on the American Law Institute's Principles of the Law of the Family Dissolution*. e. R. F. Wilson). Cambridge, Cambridge University Press, 2006, 472-488.

TELLES, Inocência Galvão - «Aspectos Comuns aos vários contratos», *Revista da Faculdade de Direito de Lisboa*, vol. VII, 1950, 234 -315.

TELLES, Inocência Galvão - «Parecer. Alimentos», *Colectânea de Jurisprudência*, Ano XIII, Tomo 2, 1988, 18-21.

TELLES, Inocência Galvão - *Direito das Obrigações*, 6. Ed., Coimbra, Coimbra Editora, 1989.

TELLES, Inocência Galvão - *Manual dos Contratos em Geral*, 4. Ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2002.

TERRE, François; Fenouillet, Dominique - *Droit Civil. Les personnes. La famille. Les incapacités*, 6.<sup>a</sup> Ed., Paris, Dalloz, 1996

TERRE, François; Simler, Philippe – *Les régimes matrimoniaux*, 6.Ed, Paris, Dalloz, 2011.

TOMÉ, Maria João Romão Carreiro Vaz – *O Direito À Pensão de Reforma Enquanto Bem Comum do Casal*, Coimbra, Coimbra Editora, 1997.

TOMÉ, Maria João Romão Carreiro Vaz – O Direito da Segurança Social e a Mulher Divorciada em Portugal: Limites e Insuficiências, In *Direito da Família e Política Social*, Porto, Publicações Universidade Católica, 2001, 123-141.

TOMÉ, Maria João Romão Carreiro Vaz – «Qualidade de vida: Conciliação entre o trabalho e a família», *Lex Familiae - Revista Portuguesa de Direito da Família*, Ano 1, n.º 1, Coimbra Editora, Coimbra, 2004, 51-64.

TOMÉ, Maria João Romão Carreiro Vaz – Elderly Dependency, Family Caretaking and Law in Portugal, In *Family Finances*, Vienna, Jan Sramek Verlag, 2009, 709-724.

TOMÉ, Maria João Romão Carreiro Vaz – Considerações sobre alguns efeitos patrimoniais do divórcio na Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro: (in)adequação à realidades familiares do século XXI?, In *E Foram Felizes para Sempre...? Uma Análise Crítica do Novo Regime Jurídico do Divórcio*, (coord. Maria Clara Sottomayor e Maria Teresa Féria de Almeida), Coimbra, Coimbra Editora, 2010, 147-198.

TOMÉ, Maria João Romão Carreiro Vaz – Algumas reflexões sobre a obrigação de compensação e a obrigação de alimentos entre ex-cônjuges, In *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Heinrich Ewald Hörster*, Coimbra, Almedina, 2012, 425-462.

TORRES, Anália, *Divórcio em Portugal, ditos e interditos: uma análise sociológica*, Oeiras, Celta Editores, 1996.

TOTARO, Antonino – Gli Effetti del Divorzio, In *Trattato di Diritto di Famiglia* (diretto da Paolo Zatti) – Famiglia e Matrimonio, Vol. I (a cura di Gilda Ferrando, Marcella Fortino, Francesco Ruscello), Milano, Giuffrè, Tomo II, 2011, 1607-1702.

TUCCI, Giuseppe – «L'équità del Codice Civile e l'arbitrato di equità», *Contratto e impresa*, Anno 14, n. 2, 1998, 469-514.



TRINDER, Liz – Shared Residence: a review of recent research evidence, *Child and Family Law Quarterly*, vol. 22, n.º 4, 2010.

TROILO, Jessica – «Stepfamilies and the Law: Legal Ambiguities and Suggestions for Reform», *Journal of Divorce and Remarriage*, 52:8, 2011, 610-621.

TRONTO, Joan C. – *Moral Boundaries. A Political Argument for an Ethic of Care*, 2009.

VAILLY, Dominique – «Analyse de la consultation lancée à la fin de l'année 2004 auprès des cabinets d'avocats», *AJ Famille*, Dossier Pensions alimentaires et prestations compensatoires : quelles méthodes d'évaluation ?, n. 3, 2005, 86-92.

VARELA, Antunes – «Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 5 de Março de 1985», *Revista de Legislação e Jurisprudência*, Ano 123, n.º 3794 (148-160); n.º 3795 (174-185); n.ºs 3796 e 3797 (245-250), 1991.

VARELA, Antunes – *Direito da Família*, 1.º volume, 5.ª Ed, revista e actualizada, Lisboa, Livraria Petrony, 1999.

VARELA, João de Matos Antunes – *Das Obrigações em Geral*- Vol. I, 10.ª Ed., reimp. da edição de 2000, Coimbra, Almedina, 2004.

VELOSO, Maria Manuel – Danos não patrimoniais. In *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977*. Vol. III. Direito das Obrigações Coimbra Coimbra Editora. 2007, 495-559.

VIGNEAU, Christophe – «Les rapports entre solidarité familiale et solidarité sociale en droit comparé», *Revue Internationale de Droit Comparé*, Janvier- Mars, n. 1, 51eme année, 1999, 51-81.

VÍTOR, Paula Távora – O dever familiar de cuidar dos mais velhos, *Lex Familiae - Revista Portuguesa de Direito da Família*, Ano 5, n.º 10, Coimbra Editora, Coimbra, 2008

VÍTOR, Paula Távora – *A administração do património das pessoas com capacidade diminuída*, Coimbra Editora, Coimbra, 2008.

VÍTOR, Paula Távora – «Solidariedade familiar e solidariedade social – considerações em torno do novo “complemento solidário para idosos”», in Estado, Sociedade Civil e

Administração Pública - Para um Novo Paradigma do Serviço Público (José Manuel Moreira, Carlos Jalali, André Azevedo Alves), Coimbra, Almedina, 2008, 161-176.

VÍTOR, Paula Távora; MARTINS, Rosa Cândido – «Depois de a morte nos separar... – Uma análise da protecção do cônjuge sobrevivente da perspectiva da responsabilidade», In Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho, vol. I, Responsabilidade: entre Passado e Futuro (org. Fernando Alves Correia, Jónatas E. M. Machado, João Carlos Loureiro), Coimbra, Coimbra Editora, 2012, 707-732.

VÍTOR, Paula Távora – Comentário ao art.º 25.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, in *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia*, Alessandra Silveira, Mariana Canotilho (coord.), Coimbra, Almedina, 2013.

VOISIN, Laurent – Les charges du ménage dans les relations entre "conjoints" et à l'égard des tiers, In *Différenciation ou convergence des statuts juridiques du couple marié et du couple non marié?* (dir.: Jean Hauser; Jean-Louis Renchon), Bruxelles, Paris, Bruylant, L.G.D.C., 2005, 129-158.

WAITE, Linda J. – Social Science Finds: "Marriage Matters", in *The Essential Communitarian Reader*. (Amitai Etzioni ed.). Oxford, Rowan & Littlefield Publishers, 1998, 247-255.

WEBER-MONECKE, Beatrix – *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 7. 1. Halbband. Familienrecht I, §§ 1297-1588. Gewaltschutzgesetz. München, Beck, 2010, (§ 1360a), 317-334.

WEBER-MONECKE, Beatrix – *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 7. 1. Halbband. Familienrecht I, §§ 1297-1588. Gewaltschutzgesetz. München, Beck, 2010, (§ 1360b), 334-339.

WEITZMAN, Lenore J. – *The Marriage Contract - spouses, Lovers and the Law*. New York, London, The Free Press - Collier Macmillan Publishers, 1981.

WEITZMAN, Lenore J. – *The Divorce Revolution - The Unexpected Social and Economic Consequences for Women and Children in America*. New York, London, The Free Press - Collier Macmillan Publishers, 1985.

WEITZMAN, Lenore – The Divorce Revolution in the United States: The Unexpected Consequences for Women and Children. In *Famille, État et Sécurité Économique d'Existence*. M. T. M.-K. J. Eekelaar. Bruxelles, Kluwer. Vol. I, 1988, 471-490.

WEITZMAN, Lenore, Marital Property: Its Transformation and Division in the United States. In *Economic Consequences of Divorce - The International Perspective*. M. M. (eds. Lenore J. Weitzman. Oxford, Clarendon Press, 1992, 85-142.

WEITZMAN, Lenore J. – Alimony: Its Premature Demise and Recent Resurgence in the United States. In *Economic Consequences of Divorce - The International Perspective*. M. M. (eds. Lenore J. Weitzman. Oxford, Clarendon Press, 1992, 247-262.

WEITZMAN, Lenore, «The economic consequences of divorce are still unequal: Comment on Peterson», *American Sociological Review*, vol. 61, n. 3, June 1996, 537-538.

WELLENHOFER, Marina – Ehevertragsrechtsprechung und Unterhaltsreform: Gewandelte Rahmenbedingungen für Unterhaltsvereinbarungen. In *Aktuelle Fragen des Familienrechts*, (Hrsg. Walter Bayer; Elisabeth Koch), Baden-Baden, Nomos, 2009, 65-79.

WELSTEAD, Mary, Judicial Reform or an Increase of Discretion - the Decision in *Miller v Miller; McFarlane v. McFarlane*, In *The International Survey of Family Law*, Bristol, Jordan Publishing, 2008, 61-75.

WILLIAMS, Joan C. – «Deconstructing Gender», *Michigan Law Review*, vol. 87, 1988-1989, 797-845.

WILLIAMS, Joan – «Is Coverture Dead? Beyond a New Theory of Alimony», *The Georgetown Law Journal*, vol. 82, 1993-1994, 2227-2290.

WILLIAMS, Joan C. – «Married Women And Property», *Virginia Journal of Social Policy & the Law*, vol. I, 1993-1994, 383-408.

WOHLFAHRT, Peter, «Aufrechnung gegen Unterhaltsansprüche mit Rückzahlungsansprüchen aus Unterhaltsüberzahlungen», *FamRz Zeitschrift für das gesamte Familienrecht*, 48. Jahrgang, Heft 18, 15. September 2001, 1185-1191.

XAVIER, M. Rita Aranha da Gama Lobo, «Contrato-promessa de partilha de bens do casal celebrado na pendência da acção de divórcio», *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, Ano XXXVI, n.ºs 1-2-3, 1994, 137-172.

XAVIER, M. Rita Aranha da Gama Lobo, *Limites à Autonomia Privada na Disciplina das Relações Patrimoniais entre os Cônjuges*, Coimbra, Almedina, 2000.

XAVIER, Rita Lobo, Novas sobre a união *more uxorio* em Portugal, In *Estudos dedicados ao Prof. Doutor Mário Júlio de Almeida Costa*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2002, 1393-1406.

XAVIER, Rita Lobo, «União de facto e Pensão de Sobrevivência - Anotação aos Acórdãos do Tribunal Constitucional n.ºs 195/03 e 88/04», *Jurisprudência Constitucional*, n.º3, Julho-Setembro, 2004, 16-35.

XAVIER, Rita Lobo, Das relações entre o Direito comum e o Direito matrimonial – a propósito das atribuições patrimoniais entre cônjuges, In *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977*, Vol. III, Direito das Obrigações, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, 487-500.

XAVIER, Rita Lobo, *Ensinar Direito da Família*, Porto, Publicações Universidade Católica, 2008.

XAVIER, Rita Lobo, *Recentes Alterações ao Regime Jurídico do Divórcio e das Responsabilidades Parentais*, Coimbra, Almedina, 2009.

XAVIER, Rita Lobo, Falta de autonomia de vida e dependência económica dos jovens? Uma carga para as mães separadas ou divorciadas?, *Lex Familiae – Revista Portuguesa de Direito da Família*, Ano 6, n.º 12 Julho-Dezembro de 2009, 15-21.

XAVIER, Rita Lobo, Direito ao divórcio, direitos recíprocos dos cônjuges e reparação dos danos causados: liberdade individual e responsabilidade no novo regime do divórcio, In *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Heinrich Ewald Hörster*, Coimbra, Almedina, 2012, 499-514.

ZOZ, Maria Gabriella, *In tema di obbligazioni alimentari*, in «Bulletino del'Istituto di Diritto Romano», vol. 73, Milano, 1970.

## Jurisprudência portuguesa

### Tribunal Constitucional

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 196/91, de 8 de Maio de 1991 (Proc. n.º 122/89 - 1.ª Secção, (António Vitorino – relator), *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 407, Junho, 1991, pp. 68-76.

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 443/91, *Acórdãos do Tribunal Constitucional*, vol. 20

Ac. TC n.º 568/98 (Relator: Cons. Luís Nunes de Almeida) Proc. n.º 86/96 (<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19980568.html>)

Ac. TC n.º 195/2003 (Relator – Cons. Paulo Mota Pinto (Cons. Guilherme da Fonseca), Processo n.º 312/02 (<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20030195.html>)

Ac. TC n.º 88/2004 (Relator: Cons. Gil Galvão) Proc. n.º 411/03, (<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20040088.html>)

Ac. TC n.º 159/2005 (Relator: Conselheiro Paulo Mota Pinto), processo n.º 697/04) (<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20050159.html>)

Ac. TC n.º 144/2006 (Relator: Conselheiro Vítor Gomes), Processo n.º 1096/2004 (<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20060144.html>)

Ac. TC n.º 614/2005 (Relator: Conselheiro Paulo Mota Pinto), Processo n.º 697/04, (<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20050614.html>)

Ac. TC 620/2007 (Relator: Conselheiro Carlos Fernandes Cadilha), Processo n.º 1130/2007 (<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20070620.html>)

### Supremo Tribunal de Justiça

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 11 de Julho de 1950, *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 20, p. 351-354

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 2 de Dezembro de 1950, Boletim do Ministério da Justiça, n.º 22, 324-325

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 21 de Junho de 1963 (proc. n. 59 639), Boletim do Ministério da Justiça, n. 128, 576-579

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 22 de Maio de 1980 (Proc. n.º 68 802) (Abel de Campos, Costa Soares, Alves Pinto), *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 297, Junho, 1980, 261-264.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 13 de Novembro de 1990 (Proc. 79510), (Martins da Fonseca, Jorge Vasconcelos, Menéres Pimentel), Boletim do Ministério da Justiça, n.º 401, Dezembro, 1990, 591-598

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 8.06.1993, *Colectânea de Jurisprudência*, 193-2-142.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 16.02.1993 (Martins da Costa) (proc. 083123) ([www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)).

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 22-06-1995 (Joaquim de Matos) (proc. 087008) ([www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt))

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 04.12.1997 (Almeida e Silva) (processo n.º 97B765) ([www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt))

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 16 de Abril de 1998 (Lúcio Teixeira, Herculano Namora, Miranda Gusmão), *Colectânea de Jurisprudência - Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça*, Ano VI, Tomo II, 1998, 45-46.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 5 de Julho de 2001 (Araújo de Barros, Oliveira Barros, Miranda Gusmão), *Colectânea de Jurisprudência*, Ano IX, II, 2001, 164-166.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 28 de Fevereiro de 2002 (relator: Garcia Marques), Proc. 01A4399 ([www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)).

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 12 de Dezembro de 2002 (relator: Silva Salazar), Proc. 02A3627 ([www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)).

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 17 de Março de 2003 (Pinto Monteiro, Reis Figueira, Barros Caldeira), Proc. n.º 03A884, ([www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)).

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 23 de Outubro de 2003 (relator: Salvador da Costa), Proc. 03B3071 ([www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)).

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 13 de Maio de 2004, (relator: Lopes Pinto), proc. n.º 04A1549 ([www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)).

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 27.01.2005 (Ferreira Girão) (proc. 04B4035) ([www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)).

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 11 de Julho de 2006 (Sebastião Póvoas, Moreira Alves, Alves Velho), *Colectânea de Jurisprudência*, n. 192, Ano XIV, Tomo II, I, 2006, 157-158.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 31-03-2009 (relator: João Bernardo), proc.º. 09B652 ([www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)).

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça 15-02-2007 (Salvador da Costa) (Proc. 07B209) ([www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)).

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 26.03.1998 (Fernandes Magalhães) (proc. 98A254) ([www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)).

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 01 de Outubro de 2009 (relator: Sousa Fonte), Proc. n.º 91/01.7GTLRA.C1.S1, ([www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt))

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 02 de Dezembro de 2010 (relator: Raul Borges), Proc. 2519/06.0TAVCT.G1.S1 ([www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)).

Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça de 16-03-2011 (Helder Roque) (proc. 252-A/2002.L1.S1) ([www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)).

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 26.09.2013 (Távora Vítor) (Proc. 5505/05.4TVLSB.L1.S1) ([www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)).

Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça de 20-02-2014 (Granja Fonseca) (proc. 141/10.6TMSTB.E1.S1) ([www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)).

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 29.04.2014 (Gregório Silva Jesus) (proc. 1071/10.7TBABT.E1.S1) ([www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)).

Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça 23-10-2014 (Abrantes Geraldês) (2155/08.7TMLSAB-A.L1.S1) ([www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)).

### **Tribunal da Relação de Coimbra**

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 26 de Junho de 1983 (relator: Manuel Pereira da Silva), *Colectânea de Jurisprudência*, Tomo IV, 1983, 33-36

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 26-01-2010 (Jorge Arcanjo) (proc. N. 882/08.8TBTNV.C1), in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 21 de Dezembro de 2010, (relator: Falcão de Magalhães), Proc. 1601/08.4TBVIS.C1 ([www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)).

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 17-04-2012 (Sílvia Pires) (Proc. 320/10.6TBTMR.C1) ([www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt))

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 12-03-2013 (Maria José Guerra) (797/08.0TMCBR-B.C1) ([www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)).

### **Tribunal da Relação de Évora**

Acórdão da Relação de Évora de 7 de Julho de 1977 (Mário Horácio Gomes Noronha, Manuel Baptista Dias da Fonseca, José Alfredo Soares Manso Preto), *Colectânea de Jurisprudência*, Ano II, Tomo I, Janeiro-Fevereiro, 1977, 893.

Acórdão do Tribunal da Relação de Évora de 14 de Junho de 2007 (Mata Ribeiro, Sílvio Teixeira de Sousa, Mário Serrano), *Colectânea de Jurisprudência*, n. 199, Ano XXXII, Tomo III, Maio/Junho/Julho, 2007, 257-259.

Acórdão do Tribunal da Relação de Évora de 18/10/2012 (Eduardo José Caetano Tenazinha) (proc.º. 209/09.1TMFAR.E1) ([www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt))



### **Tribunal da Relação de Guimarães**

Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 12-09-2013 (José Estelita de Mendonça) (porc.º 228/11.8TMBRG.G1) ([www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt))

Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 18-09-2011 (José Manuel Araújo de Barros) (porc.º1682.09.5TBBCL.G1), *Colectânea de Jurisprudência*, tomo IV, Ano XXXVI, Agosto/Setembro/Outubro, 2011, 278-279

Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 10-11-2011 (Rita Romeira) (proc. 4483/07.0TBGMR-A.G1) ([www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt))

Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 05/02/2013 (Ana Cristina Duarte) (proc. 198/11.2TCGMR.G1) ([www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt))

Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 11-07-2013 (Rita Romeira) (3621/12.5TBGMR.G1) ([www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt))

Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 12/09/2013 (José Estelita de Mendonça) (P.228/11.8TMBRG.G1) ([www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt))

Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 8/05/2014 (Manso Raínho) (P.2621/12.0TBBCL-B.G1) ([www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt))

### **Tribunal da Relação de Lisboa**

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 19 de Janeiro de 1979 (Orlando de Paiva V. Carvalho, Augusto Vitor Coelho, Pedro Lima Cluny) (Rec. N. 18 305), *Colectânea de Jurisprudência*, tomo I, Ano IV, 1979, 102-104

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 8 de Junho de 1993, *Colectânea de Jurisprudência*, 1993-2-142.

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 22 de Maio de 2001 (Azadinho Loureiro) (Proc.º n.º 0093751) ([www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt))

Acórdãos do Tribunal da Relação de Lisboa de 01 de Julho de 2003 (Proença Fouto) (Proc.º n.º 3933/2003) ([www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt))

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 3 de Outubro de 2005 (António Valente) proc.6552/2005-8 (www.dgsi.pt).

Acórdãos do Tribunal da Relação de Lisboa de 27-03-2007 (Rui Vouga) (proc. 405/2007-1) (www.dgsi.pt)

Acórdãos do Tribunal da Relação de Lisboa de 26-06-2007 (Abrantes Geraldes) (proc.º 5797/2007-7) (www.dgsi.pt)

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 31-03-2009 (proc.º. 09B652) (João Bernardo) (www.dgsi.pt)

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 23/2/2010 (Cristina Coelho) (P.20335/09.6T2SNT.L1-7) (www.dgsi.pt)

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 4-03-2010 (Fátima Galante) (proc. 625/06.0TMLSBL1-6) (www.dgsi.pt)

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 13-07-2010 (Roque Nogueira) (proc.º 108915-I/1994.L1-7) (www.dgsi.pt)

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 14-04-2011 (Teresa Albuquerque) (Apelação n.º 2604/08), *Colectânea de Jurisprudência*, tomo II, Ano XXXVI, Março/Abril, 2011, 136-140

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 14-04-2011 (Tomé Ramião) (proc.º 3 464/08.0TBAMD.L1-6) (www.dgsi.pt)

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 15-12-2011 (Conceição Saavedra) (Proc. n. 2901/03.5TBCSC-C.L1-7) (www.dgsi.pt)

Acórdãos do Tribunal da Relação de Lisboa de 13-03-2012 (Rui Vouga) (proc. 2275/11.0TMLSBL1-1) (www.dgsi.pt)

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 26-06-2012 (Luís Espírito Santo) (proc. 4500/10.6TBCSC.L1-7) (www.dgsi.pt)

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 28 de Junho de 2012 (Ana Luísa Geraldes) (Proc. 33/12.4TBBRR.L1-8) (www.dgsi.pt)

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 19-03-2013 (Dina Monteiro) (proc. 22429/11.9T2SNT.L1-7) ([www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt))

Acórdãos do Tribunal da Relação de Lisboa de 12-09-2013 (Ilídio Sacarrão Martins) (2402/08.5TMLSb-C.L1-8) ([www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt))

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 17/9/2013 (Afonso Henrique) (proc. 13588/13.T28NT-1) ([www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt))

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 19-12-2013 (Rui Vouga) (proc.º 27156/10.1T2SNT.L1-1) ([www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt))

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa 21/1/2014 (Cristina Coelho) (P. 2489/11.3TBbRR.L1-7) ([www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt))

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 09-07-2014 (Dina Monteiro) (16/10.9TMLSb-A.L1-7) ([www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt))

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 14-05-2015 (Teresa Albuquerque) (proc. 7791/13.7TbCSC.L1-2) ([www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt))

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 09-07-2015 (Orlando Nascimento) (proc. 7409/12.5TbCSC.L1-7) ([www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt))

### **Tribunal da Relação de Porto**

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 3 de Abril de 1979 (Jorge Fugas, Machado e Costa, Santos Carvalho), *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 287, Junho, 1979, 366.

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 13 de Dezembro de 1979 (Amaral Aguiar, Passos Coelho, Góis Pinheiro), *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 293, Fevereiro, 1980, 440.

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 30 de Outubro de 1984 (Recurso n.º 17 842 - 1.ª Secção) (Alberto Malueiro, Aurélio Vieira, Sá Coimbra), *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 341, Dezembro, 1984, 477.

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 10 de Dezembro de 1991 (Recurso n.º 377/91 - 3.ª Secção) (Martins da Costa, Metello de Nápoles, Mário Ribeiro), *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 412, Janeiro, 1992, 554.

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 30/05/1994 in *Colectânea de Jurisprudência*, III, Ano XIX, 1994, 222-224

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 28/06/1999 in *Colectânea de Jurisprudência*, III, Ano XXIV, 1999, 222-224.

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 15 Dezembro de 2005, ( Pinto de Almeida) (proc. 0534542) (www.dgsi.pt).

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 16/01/2006, in *Colectânea de Jurisprudência*, Ano XXV, 2000, 1, 204-210

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 26/10/2006 (Amaral Ferreira) (proc.º 0635298) (www.dgsi.pt)

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 26-05-2009 (Vieira e Cunha, Maria das Dores Eiró de Araújo, Oliveira Costa (proc..º 8114/07.0TBVNG.P1) (www.dgsi.pt)

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 24-11-2009 (Ramos Lopes) (235/09.0TMMTS.P1) (www.dgsi.pt)

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 16-12-2009 (João Proença) (proc.º 222/08.6TMMTS-A.P1 (www.dgsi.pt)

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 07-06-2011 (Vieira e Cunha) (proc. 668-C/1994.P1) (www.dgsi.pt)

Acórdãos do Tribunal da Relação do Porto 15-09-2011 (Filipe Carço) (proc. 11425/08.3TBVNG.P1)

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 15-09-2011 (Filipe Carço) (proc. 11425/08.3TBVNG.P1) (www.dgsi.pt)

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 10-07-2013 (Rodrigues de Almeida) (proc.º 304/11.7TMPRT-A.P1) (www.dgsi.pt)

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 16/1/2014 (Amaral Ferreira) (proc.º 228/13.3TMPRT-B.P1) ([www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt))

### **Jurisprudência alemã**

21.01.1998 BGH (Zum Taschengeldanspruch eines Ehegatten in einer Zuverdienerehe), *FamRz – Zeitschrift für das gesamte Familienrecht*, Heft 1, 45. Jahrgang, 1. Januar 1998, 608-609.

3.02.1999 BGH n.º 459 (XII ZS Urteil v. 3.02.1999 – XII ZR 146/97 [OLG Düsseldorf]), *FamRz – Zeitschrift für das gesamte Familienrecht*, Heft 11, 1999, 708-710.

13.06.2001 BGH (XII ZR 343/99) ([juris.bundesgerichtshof.de](http://juris.bundesgerichtshof.de))

28.09.2005 BGH (Ausgleichsanspruch bei Ehegatteinnengesellschaft neben Anspruch auf Zugewinnausgleich) Urt. v. 28.09.2005, XII ZR 189/02 (OLG München), *Neue Juristische Wochenschrift* 18/2006, 1268.

, 6.2. 2001 BVerfG, 1 BvR 12/92, 6.2. 2001, *FamRz – Zeitschrift für das gesamte Familienrecht*, Heft 6, 2001, 343-350 (Dieter Schwab).

BGH n.º 1186 (XII ZS Urteil v. 6.2.2010 XII ZR 202/08 [OLG Hamm]) *FamRz – Zeitschrift für das gesamte Familienrecht*, Heft 23, 2010, 1971-1975

9.02.2010, BVerfG, 1 BVL 1/09, 9.02.2010, consultado na tradução em língua inglesa ([http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/lis20100209\\_1bvl000109en.html](http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/lis20100209_1bvl000109en.html))

### **Jurisprudência espanhola**

Sentença do Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Secc. 1ª, 27.4.2000 [RJ 2000/4125; MP: Guillermo Vidal Andreu]

Sentença do Tribunal Supremo. Sala de lo Civil. STS 4874/2011, N.º de Recurso: 1691/2008. N.º de Resolución: 534/2011. Ponente: Encarnación Roca Trias

Sentencia nº 369/2014 de Tribunal Supremo, Sala 1ª, de lo Civil, 3 de Julio de 2014, ,  
Nº de Recurso: 1385/2013. Nº de Resolución: 369/2014, in  
<http://supremo.vlex.es/vid/-520648978>.

Sentença do Tribunal Supremo. Sala de lo Civil. Sección: 991, Nº de Recurso:  
2609/2013 Nº de Resolución: 136/2015. Ponente: Jose Antonio Seijas Quintana,  
Diario del Derecho, Iustel, 16/09/2015

### **Jurisprudência estadunidense**

Frye v. Frye, 385 So.2d 1383 (Fla. Dist. Ct. App. 1980)  
<https://casetext.com/case/frye-v-frye-4>

In Re Marriage of Francis, N.W.2d 59 (1989)  
[http://www.leagle.com/decision/1989501442NW2d59\\_1500.xml/IN%20RE%20MARRIAGE%20OF%20FRANCIS](http://www.leagle.com/decision/1989501442NW2d59_1500.xml/IN%20RE%20MARRIAGE%20OF%20FRANCIS)

Jackson v. Jackson, 995 P.2d 1109 (Okla.1999), in  
<http://law.justia.com/cases/oklahoma/supreme-court/1999/48877.html>

Mahoney v. Mahoney, 453 A. 2d 527 - NJ: Supreme Court 1982  
([https://scholar.google.com/scholar\\_case?case=15482583039302714628&hl=en&as\\_sdt=6&as\\_vis=1&oi=scholarr](https://scholar.google.com/scholar_case?case=15482583039302714628&hl=en&as_sdt=6&as_vis=1&oi=scholarr))

Molnar v. Molnar, 314 S.E.2d 73 (1984), Supreme Court of Appeals of West Virginia  
(<http://law.justia.com/cases/west-virginia/supreme-court/1984/15925-4.html>)

O'Brien v. O'Brien, 66 NY2d 576  
([http://www.courts.state.ny.us/reporter/archives/o\\_brien.htm](http://www.courts.state.ny.us/reporter/archives/o_brien.htm))

Pyeatte v. Pyeatte, 661 P. 2d 196 - Ariz: Court of Appeals, 1st Div., Dept. B 1982  
([https://scholar.google.com/scholar\\_case?case=5597764921200527002&hl=en&as\\_sdt=6&as\\_vis=1&oi=scholarr](https://scholar.google.com/scholar_case?case=5597764921200527002&hl=en&as_sdt=6&as_vis=1&oi=scholarr))

Stevens v. Stevens, 2011-Ohio-6741  
(<https://supremecourt.ohio.gov/rod/docs/pdf/5/2011/2011-ohio-6741.pdf>)

Wolter v. Wolter 183 Neb. 160 (Neb. 1968) (<https://casetext.com/case/wolter-v-wolter-2>)

### **Jurisprudência francesa**

Cour de Cassation, 1ere chambre civile, 25 septembre 2013 (pourvoi n° 12-23.380 - ecli:fr:ccass:2013:c100978): la redaction id ref. De l'article : 293964. *Revue juridique personnes & famille*, 2013, n° 12, décembre, le couple, § RJPF-2013-12/18, p. 26, brèves, note de Thierry Garé, "Loi applicable au divorce" - [www.wk-rh.fr](http://www.wk-rh.fr).

Conseil constitutionnel Décision n° 2011-151 QPC du 13 juillet 2011 NOR:CSCX1119558S

(<http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT00002436184>)

Cour d'Appel d'Aix-en-Provence: Arrêt «Prestation compensatoire: le versement sous forme de rente viagère n'est pas contraire au principe d'égalité» AJ Famille, 2013, 181.

### **Jurisprudência inglesa**

GW v RW [2003] EWHC 611 (Fam)

J v. V (Disclosure: Offshore Corporations) [2001]1 FLR 1042

Miller v. Miller ([2006] 2 AC 618)

McFarlane v. McFarlane ([2006] 1 FLR 1186)

McFarlane v McFarlane: Parlour v Parlour [2004]EWCA Civ 872

Watchel v. Watchel ([1973] Fam 72)

White v. White ([2001] 1 AC 596)

### **Jurisprudência italiana**

Cass. 13.04.1994, n.º 3429, Il Diritto di Famiglia e delle Persone, Anno XXIII, 1994, 1227-1230

Cass. 20.03.1998, n.º 2955, Mass. Giurisprudenza Italiana, Anno 150.º, 1998, 2017-2019