



Eva DIAS COSTA

Contributos para a interpretação do artigo 1791.º do Código Civil – a perda de benefícios em caso de divórcio e separação de pessoas e bens

DOI: [https://doi.org/10.34625/issn.2183-2705\(ne\)2023.ic-03](https://doi.org/10.34625/issn.2183-2705(ne)2023.ic-03)

Secção I

Investigação Científica*

* Os artigos presentes nesta secção foram sujeitos a processo de revisão segundo o método *blind peer review*.

Contributos para a interpretação do artigo 1791.º do Código Civil – a *perda de benefícios* em caso de divórcio e separação de pessoas e bens

Contributions to the interpretation of Article 1791 of the Portuguese Civil Code - the loss of benefits in the event of divorce and separation of persons and property

Eva DIAS COSTA¹

RESUMO: O presente artigo procura, em face a alguma aparente imprecisão sobre o tema, contribuir para lançar alguma luz sobre a perda de benefícios prevista no artigo 1791.º do Código Civil para o caso de divórcio ou separação de pessoas e bens, à luz da letra e do espírito do regime jurídico do divórcio que resulta da reforma de 2008. Particularmente, procura deixar claro que, ainda que benefícios possam significar também doações, o artigo 1791.º não só não abrange toda e qualquer doação como não pretende instituir uma caducidade, automática, mas implica, ao menos na falta de acordo entre as partes, a alegação e prova de que tiveram na base “a consideração do estado de casado”.

PALAVRAS-CHAVE: Casamento; divórcio; separação de pessoas e bens; efeitos patrimoniais; caducidade de doações; perda de benefícios

ABSTRACT: This article seeks to address some apparent imprecision on the subject, aiming to shed light on the loss of benefits provided for in Article 1791 of the Civil Code in cases of divorce or separation of persons and assets, in light of the letter and spirit of the legal regime of divorce resulting from the 2008 reform. Specifically, it seeks to clarify that benefits may also include donations and that Article 1791 does not cover all donations and does not intend to establish automatic expiration. Instead, without an agreement between the parties, it requires the allegation and proof that such benefits were based on the "consideration of the married state."

KEYWORDS: Marriage; divorce; separation of persons and assets; patrimonial consequences; expiration of donations; loss of benefits.

1. Contextualização: casamento e divórcio

O casamento em Portugal é uma hoje uma instituição complexa, fruto de séculos de evolução histórica e sociológica², mas também de *agendas* políticas, avanços e recuos e, por vezes, de alguma precipitação e inépcia legislativas. O

¹ Professora Associada, Universidade Portucalense Infante D. Henrique, Investigadora Integrada do Instituto Jurídico Portucalense, Árbitro, Advogada, eva@upt.pt.

² GOMES DA SILVA, Nuno Espinosa. História do Casamento em Portugal. Um Esboço. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2013.

seu regime, pessoal e patrimonial, bem como o da sua dissolução, está, portanto, fraturado e é de difícil conciliação, interpretação e aplicação³.

O divórcio foi instituído pela primeira vez em Portugal, é sabido, em 1910, pelo Decreto de 3 de novembro, conhecido vulgarmente pela *Lei do Divórcio*.

Foi, é sabido também, o resultado do ímpeto modernizador e, sobretudo, secularizante, da revolução republicana: o Código de Seabra considerava o casamento, em linha com o direito canónico, uma instituição perpétua, dissolúvel apenas por morte, e admitia apenas, em alguns casos a *interrupção da sociedade conjugal*.

Esta concepção e o regime que a pressupunha foi radicalmente alterado pela *Lei do Casamento como Contrato Civil*, datada de 25 de dezembro daquele ano de 1910, que, logo no artigo 2.º, afirmava que o casamento é um contrato puramente civil que se presume perpétuo sem prejuízo da sua dissolução por divórcio.

A *Lei do Divórcio* – na época, uma das mais avançadas da Europa - previa as duas formas de divórcio que vieram a caracterizar o sistema português até 2008: o divórcio litigioso, por justa causa subjetiva e culposa ou por causa objetiva, não necessariamente culposa, e um divórcio por mútuo consentimento, no qual se permitia, no fundo, que a causa não fosse revelada.

Desde aí, o divórcio nunca deixou de existir em Portugal, mesmo durante o Estado Novo. A Concordata entre Estado Português com a Santa Sé de 1940 é que passou a significar a renúncia, para quem casasse catolicamente, ao direito civil ao divórcio, o que levou à consagração na lei civil da proibição do divórcio para os casamentos sob a forma católica, através do Decreto 30 615 de 25 de julho do mesmo ano, depois transposta ao Código Civil.

Esta situação só foi alterada com o Protocolo Adicional à Concordata de 1975. A versão resultante do Protocolo, como a que está em vigor desde 2004, passou a falar apenas no *grave dever de consciência* de não recorrer ao divórcio,

³ V. DIAS COSTA, Eva. *Da Relevância da Culpa nos Efeitos Patrimoniais do Divórcio*. Coimbra: Almedina, 2005 e ainda DIAS COSTA, Eva. “A Eliminação do Divórcio Litigioso por Violação Culposa dos Deveres Conjugais”. *E Foram Felizes para Sempre? Uma Análise Crítica do Novo Regime Jurídico do Divórcio*. Sottomayor, Maria Clara (Coord.). Wolters Kluwer/Coimbra Editora, 2010. pp. 53–80.

libertando aqueles a quem o Movimento Nacional Pró-Divórcio chamava os *presos da Concordata*.

O sistema sofreu alterações na reforma de 1977, nos anos 90 e em 2001, quanto a prazos, processo e criação da chamada *via administrativa*, mas manteve fundamentalmente os traços até à Lei 61/2008, de 31 de outubro. Esta Lei mudou radicalmente o regime do divórcio em Portugal, quer quanto aos fundamentos quer quanto aos efeitos patrimoniais.

O intuito da reforma do regime jurídico do divórcio de 2008 foi declaradamente o de retomar aquilo que apelidou de “espírito renovador, aberto e moderno que marcou há quase 100 anos a I República” e de adequar “a lei do divórcio ao século XXI” e àquilo que o legislador entendeu serem as “realidades das sociedades modernas”⁴. Quis-se fazê-lo adotando em Portugal o modelo de divórcio que combina o de *divórcio remédio*⁵ com o de *divórcio constatação da rutura*⁶ e o princípio do *clean break*.

2. As sanções patrimoniais do divórcio para o cônjuge único ou principal culpado/as consequências patrimoniais do divórcio

No que se refere aos efeitos patrimoniais, as antigas *sanções* patrimoniais previstas para o cônjuge que fosse considerado único ou principal culpado são hoje meros efeitos patrimoniais do divórcio (e da separação de pessoas e bens⁷), que operam para ambos os (ex) cônjuges.

Assim aconteceu com o artigo 1790.º, que regia que, para o caso de vigorar no casamento um regime de comunhão mais abrangente do que a que resulta do regime da comunhão de adquiridos, em caso de divórcio, o cônjuge considerado único ou principal culpado não podia receber mais na partilha do que do que receberia se o regime do casamento fosse este e que hoje determina que isso sucede para ambos os cônjuges.

É o caso também da indemnização prevista no artigo 1792.º do Código Civil, que onerava o cônjuge considerado único ou principal culpado - e que

⁴ Transcrevo aqui da exposição de motivos do projecto de Lei 509/X. Disponível em <https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetailIniciativa.aspx?BID=33847..>

⁵ Na medida em que mantém a possibilidade de um dos cônjuges requerer o divórcio por alteração das faculdades mentais ou ausência do outro.

⁶ V. *Da Relevância da Culpa...*, *op. cit.*.

⁷ A aplicabilidade destas sanções ou efeitos à separação de pessoas e bens resulta dos artigos 1794.º e 1795.º -A do CC.

visava ressarcir os danos causados pelo divórcio - e que hoje atinge ambos - e, em boa verdade, deixou de ser um efeito do divórcio⁸.

E é o caso da caducidade das doações para casamento e entre casados prevista nos artigos 1760.º e 1766.º do Código Civil e da perda de benefícios prevista no artigo 1791.º, de que ao diante nos ocuparemos.

Esta solução – a de sujeitar ambos os cônjuges a consequências patrimoniais imperativas - conduz não raras vezes, como alerta CRISTINA ARAÚJO DIAS⁹, a resultados injustos para o cônjuge que não deu causa à rutura e que preferia manter o casamento.

De tal modo injustos, que HÖRSTER¹⁰ sublinha que, para aqueles que casaram antes da entrada em vigor da Lei 61/2008, de 31 de outubro, os resultados são totalmente imprevistos e intoleráveis e defende que a Lei não se pode aplicar a esses casamentos, sob pena de violação do princípio *in praeteritum non vivitur*.

Substituiu-se um sistema que se considerava rígido e aleatório, o fundado na culpa, para um sistema que trata os cônjuges de forma idêntica independentemente da sua contribuição e comportamento durante o casamento¹¹, com a mesma rigidez e aleatoriedade.

Despreza-se, como diz DUARTE PINHEIRO¹², no que respeita aos efeitos do divórcio, quer as legítimas expectativas, de ordem moral e patrimonial, que cada um colocou na relação matrimonial quer o comportamento de cada um dos cônjuges na vigência do vínculo.

⁸ Vide LOBO XAVIER, Rita. *Recentes Alterações ao Regime Jurídico do Divórcio e das Responsabilidades Parentais*. Coimbra: Almedina; 2009; DIAS COSTA, Eva. “Fracturas do Direito Matrimonial Português Contemporâneo”. *Direito em Dia*. 29.07.2019; disponível em <https://www.direitoemdia.pt/magazine/show/63>; DIAS COSTA, Eva. “A Eliminação do Divórcio Litigioso por Violação Culposa dos Deveres Conjugais”.

⁹ ARAÚJO DIAS, Cristina. *Uma Análise do Novo Regime Jurídico do Divórcio*. 2.ª Edição. Coimbra: Almedina; 2009.

¹⁰ HÖRSTER, Heinrich Ewald. “A Responsabilidade Civil entre os Cônjuges”. *E Foram Felizes para Sempre? Uma Análise Crítica do Novo Regime Jurídico do Divórcio*. SOTTOMAYOR, Maria Clara (Coord.). Wolters Kluwer/Coimbra Editora; 2010. pp. 91–112.

¹¹ Esta rigidez não foi atenuada pela introdução da compensação prevista no artigo 1676.º, n.º 2 (pelo seu carácter circunscrito ao dever de contribuição para os encargos da vida familiar e à renúncia excessiva à satisfação dos interesses pessoais) nem pela alteração das características do direito à indemnização previsto no artigo 1792.º. Vide LOBO XAVIER, Rita. *Recentes Alterações ao Regime Jurídico do Divórcio e das Responsabilidades Parentais*; DIAS COSTA, Eva. “Fracturas do Direito Matrimonial Português Contemporâneo...”.

¹² DUARTE PINHEIRO, Jorge. *O Direito da Família Contemporâneo*. Reimp. da 4.ª Edição. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa; 2015.

3. A caducidade das doações para casamento e entre casados

O Código de Seabra regulava nos artigos 1166.º a 1180.º as doações para casamento e as doações entre casados. Compreensivelmente, não estabelecia nenhuma sanção para o divórcio - que não admitia -, mas determinava, no artigo 1213.º, como sanção para a separação judicial de pessoas e bens, que o cônjuge que lhe tivesse dado causa perdia tudo o que tivesse recebido do outro cônjuge ou de terceira pessoa, que por consideração do outro cônjuge, lhe houvesse dado ou prometido.

É bom recordar também que o regime de bens supletivo - o costume do Reino – era o da comunhão geral, que existia um regime dotal e que a posição sucessória do cônjuge sobrevivente era bem diferente a que existe hoje, fruto da reforma de 1977 ao Código Civil de 1966¹³.

O artigo 69.º da *Lei do Casamento Como Contrato Civil* veio estipular que a anulação do casamento e o divórcio produziam, quanto à pessoa e aos bens dos cônjuges, os mesmos efeitos da dissolução por morte, na parte não especialmente regulada.

A instabilidade da 1.ª República nunca permitiu que fosse operada a tão anunciada reforma do Código de Seabra, pelo que o Código só foi *reformado* em 1931 e não o foi, naturalmente, no sentido almejado pelos revolucionários republicanos, atendendo ao que se passara em 28 de Maio de 1926.

Esta *Reforma* de 1931 não quis tocar, segundo disse o próprio PINTO DE MESQUITA¹⁴, nas matérias da família e do divórcio, que se mantiveram com alterações apenas pontuais até à entrada em vigor do atual Código Civil.

O Código Civil de 1966 alterou novamente, de forma profunda, com a sua tendência para o fortalecimento da instituição familiar¹⁵, a disciplina do casamento.

A sanção patrimonial da caducidade das doações passou a ser prevista nos artigos 1760.º e 1766.º do Código Civil.

¹³ V. FRANÇA PITÃO, José António de. A Posição do Cônjuge Sobrevivente no Actual Direito Sucessório Português. Coimbra: Almedina; 2006 e DIAS COSTA, Eva. “A posição sucessória do cônjuge sobrevivente no Direito Português: a propósito da Lei 48/2018, de 14 de Agosto”. *Direito em Dia*. 2019; disponível em <https://www.direitoemdia.pt/magazine/show/55>.

¹⁴ V. PINTO DE MESQUITA, António. Observações sobre a Reforma do Código Civil [Internet]. Coimbra Editora; 1934; disponível em <https://www.fd.unl.pt/Anexos/Investigacao/1299.pdf>

¹⁵ MENDONÇA, *op. cit.*.

Por força do primeiro, o 1760.º, caducam, em caso de divórcio ou separação de pessoa e bens, administrativos ou judiciais, com consentimento ou sem consentimento, as doações feitas a favor dos nubentes para casamento, *i.e.*, antes do casamento e na convenção antenupcial. Nenhuma outra doação antes do casamento está sujeita a este regime¹⁶.

Por força do segundo, o do artigo 1766.º, caducam, nos mesmos casos, as doações feitas entre os nubentes na constância do casamento, nos casos em que elas são permitidas¹⁷.

Resultado de alguma inépcia e precipitação do legislador de 2008, estas duas disposições ainda fazem referência a culpa dos cônjuges. É, ainda hoje, esta a redação do artigo 1760.º:

«1. As doações para casamento caducam:

a) Se o casamento não for celebrado dentro de um ano, ou se, tendo-o sido, vier a ser declarado nulo ou anulado, salvo o disposto em matéria de casamento putativo.

b) Se ocorrer divórcio ou separação judicial de pessoas e bens por culpa do donatário, se este for considerado único ou principal culpado.

2. Se a doação tiver sido feita por terceiro a ambos os esposados ou os bens doados tiverem entrado na comunhão, e um dos cônjuges for declarado único ou principal culpado no divórcio ou separação, a caducidade atinge apenas a parte dele.».

e esta, a do 1766.º:

«1. A doação entre casados caduca:

a) Falecendo o donatário antes do doador, salvo se este confirmar a doação nos três meses subsequentes à morte daquele;

b) Se o casamento vier a ser declarado nulo ou anulado, sem prejuízo do disposto em matéria de casamento putativo;

c) Ocorrendo divórcio ou separação judicial de pessoas e bens por culpa do donatário, se este for considerado único ou principal culpado.

2. A confirmação a que se refere a alínea a) do número anterior deve revestir a forma exigida para a doação.».

Ora, actualmente, não há, em caso de divórcio, declarações de culpa, mas o legislador de 2008 não alterou estas normas, quiçá porque não estavam à mão de ser encontradas. Não deixando ser efeitos do divórcio, estavam, no entanto, longe da Subsecção IV do Capítulo XII.

Há, portanto, fundamentalmente três hipóteses:

¹⁶ Cf. os artigos 1753.º e 1756.º do CC.

¹⁷ São, é sabido, nulas no regime imperativo da separação – cf. o artigo 1762.º do CC.

Primeira hipótese: face ao esquecimento do legislador, estas doações não caducam, porque não havendo declarações de culpa, ninguém é considerado único ou principal culpado e os requisitos da norma nunca são cumpridos.

Isto conduziria a um resultado que o Direito não pode tolerar, até porque se as doações entre casados são livremente revogáveis em vida do doador, as doações para casamento não o são, em regra, depois de celebrado o casamento, nem por acordo entre as partes¹⁸.

Segunda hipótese: estas normas foram tacitamente revogadas pela Lei 61/2008 e substituídas pela sanção ou efeito do artigo 1791.º, a *perda de benefícios*¹⁹.

No entanto, a *perda de benefícios* do artigo 1791.º não foi introduzida pela Lei 61/2008. Sempre coexistiu com as dos artigos 1760.º e 1766.º (ou com os respetivos equivalentes, noutras versões do Código, no Código de Seabra e na lei do Divórcio de 1910.). Perda de benefícios e caducidade das doações não são o mesmo, pelo que a norma do 1791.º não cobre os intentos dos artigos 1760.º e 1766.º²⁰.

Terceira hipótese: exige-se da parte do intérprete e do aplicador uma *interpretação corretiva* das normas em crise²¹.

Ou, como alguns²² defendem, no fundo, de uma revogação tácita parcial, operada pela Lei 61/2008, da parte dos artigos 1760.º e 1766.º que se refere ao requisito da culpa²³.

¹⁸ Cf. os artigos 1765.º e os artigos 1712.º, 1758.º, 1705.º, 1701.º e 1702.º do CC.

¹⁹ Foi o que entendeu o Tribunal da Relação de Guimarães em Acórdão 28/6/2018 proferido no processo nº 318/16.0T8VPA.G1): «O art.º 1791º do CC aplica-se no caso em que a doação tenha sido efectuada antes do casamento e motivada pela sua realização, **por força da revogação tácita do art.º 1760º, nº 1, alínea b) e nº 2 do CC**, como no caso em a doação tenha sido efectuada posteriormente já depois do casamento, desde que tenha sido feita tendo em conta esse estado de casado e por causa do mesmo.». Nossos enfatizados. Texto integral disponível em <https://www.direitoemdia.pt/document/s/890f11>).

²⁰ Contra, TEIXEIRA PEDRO, Rute, em Anotação ao Artigo 1791.º. A Autora de alguma forma contradiz-se aqui - Anotação ao Artigo 1760.º, na mesma obra, pp. 660–661 - e aqui - Anotação ao Artigo 1766.º, pp. 665–666- aderindo afinal àquilo que nos parece ser a única solução possível.

²¹ DIAS COSTA, Eva. “Fracturas ...”, *op. cit.*.

²² *Idem, ibidem*.

²³ A solução nem assim é perfeita, na medida em que o regime do casamento putativo dos artigos 1647.º e 1648.º é mais benéfico para o cônjuge de boa-fé do que é o actualmente o regime do divórcio e da separação para o cônjuge que não tenha dado causa ao divórcio ou à separação de pessoas e bens, sem que nada, a meu ver, justifique esta diferença de regimes. *Idem, ibidem*.

Se as antigas consequências - ditas sanções - patrimoniais do divórcio se aplicavam ao cônjuge culpado ou principal culpado se aplicam actualmente a ambos os cônjuges, como acontece com o artigo 1791.º e 1792.º, também as doações para casamento e entre casados têm de caducar, e para ambos, no caso de o casamento falhar ²⁴.

As normas terão hoje, assim, fruto desta *interpretação corretiva* ou desta revogação parcial tácita, esta redacção:

Artigo 1760.º

«As doações para casamento caducam:

- a) Se o casamento não for celebrado dentro de um ano, ou se, tendo-o sido, vier a ser declarado nulo ou anulado, salvo o disposto em matéria de casamento putativo.
- b) Se ocorrer divórcio ou separação de pessoas e bens.

Artigo 1766.º

«1. A doação entre casados caduca:

- a) Falecendo o donatário antes do doador, salvo se este confirmar a doação nos três meses subsequentes à morte daquele;
 - b) Se o casamento vier a ser declarado nulo ou anulado, sem prejuízo do disposto em matéria de casamento putativo;
 - c) Ocorrendo divórcio ou separação de pessoas e bens.
2. A confirmação a que se refere a alínea a) do número anterior deve revestir a forma exigida para a doação.»

As normas dos artigos 1760.º e 1766.º, relativas à caducidade das doações antenupciais para casamento e das doações entre casados, não se confundem, porém, com a sanção ou efeito da *perda de benefícios* do artigo 1791.º.

4. A perda de benefícios

O artigo 27.º da *Lei do Divórcio de 1910* rezava:

“O *conjuge que der causa ao divórcio perderá todos os benefícios que haja recebido, ou haja de receber, do outro conjuge, quer lhe tenham sido estipulados em convenção antenupcial, quer assegurados posteriormente. Pelo contrário, o conjuge inocente conserva todos os benefícios que lhe tenham sido assegurados pelo conjuge culpado, ainda que taes benefícios fossem estipulados com cláusula de reciprocidade. Único: É permitido ao conjuge inocente renunciar ao direito garantido neste artigo; mas, havendo filhos, a renúncia só pode fazer-se a favor d’estes.*”

O artigo decretava, no fundo, a perda, pelo cônjuge culpado, de todas as liberalidades (dações ou outras atribuições patrimoniais com o mesmo espírito)

²⁴ *Idem, ibidem* e DIAS COSTA, Eva, “A Eliminação ...”, *op. cit.*

e até de outros benefícios que não tivessem exatamente esse espírito, feitos pelo outro cônjuge.

Correspondia, *mutatis mutandis*, não ao atual artigo 1791º, mas aos atuais artigos 1760.^{o25} e 1766.º do Código Civil.

A grande reforma do Código Civil de 1931 deixou praticamente inalteradas as matérias do direito patrimonial da família até à entrada em vigor do Código Civil de 1966.

A distinção entre estas sanções, a da *caducidade das doações* para casamento a favor dos cônjuges e das doações entre casados e a *perda de benefícios*, operou-se neste momento.

Passaram, neste momento, a ser distintos efeitos do divórcio – para o cônjuge considerado único ou principal culpado - a *caducidade das doações antenuptiais para casamento*, feitas pelo outro nubente ou por terceiro, a *caducidade das doações feitas pelo cônjuge inocente ao culpado* durante o casamento e a *perda dos benefícios* que este tivesse recebido ou de houvesse de receber *em consideração do estado de casado*.

Ou seja, a perda de benefícios deixou de equivaler à caducidade das doações.

Mas se a *perda de benefícios* já não é a *caducidade das doações*²⁶, o que é?

São, desde logo, benefícios que não possam ser considerados doações nem atribuições patrimoniais sujeitas ao regime das doações.

É a ADSE que um cônjuge tem e que perde automaticamente se deixa de ser cônjuge.

É a pensão de viuvez ou a parte da reforma do falecido marido que a viúva perde quando o divórcio ou a separação, propostos *ante mortem*, são decretados *post mortem*.

²⁵ Melhor dizendo, correspondia a parte do actual artigo 1760.º, na medida em que não abrangia, como este, por força do n.º 2 do artigo 1761.º, abrangia as feitas por terceiro aos nubentes.

²⁶ É verdade que há quem pareça entender que se trata de uma situação de caducidade, idêntica à dos artigos 1760º e 1766º do Código Civil, que opera automaticamente. É o que parece decorrer da argumentação do Tribunal da Relação de Coimbra no acórdão de 12/7/2017, proc. nº 2884/16.1T8CBR.C1: «Com efeito, encontramos-nos perante uma doação de terceiro efectuada após a celebração do casamento, em consideração do estado de casado, (...), mas sim do artigo 1791º, caducando por força desta norma, revertendo o bem automaticamente para o património dos doadores.». Texto integral disponível em <https://www.direitoemdia.pt/document/s/3488bd>).

É uma disposição num contrato de seguro de vida ou incapacidade a favor do cônjuge, assim descrito²⁷.

É uma deixa testamentária, feita favor da mulher ou do marido de alguém, assim descrito, ou de um casal de quem se gosta muito. Desde que do conteúdo do testamento ou da respetiva interpretação – esta, sim, subjetiva, para a qual releva a intenção do testador e já não a expectativa do putativo beneficiário – resulte que estas liberalidades foram feitas a *Maria* porque era mulher do *Manuel*, ao *Manuel* porque era marido da *Maria* ou a *Maria & Manuel* eram casados entre si e o testador queria favorecer ou premiar a continuação desse casamento²⁸.

Poderá, porém, a perda de benefícios abranger doações?

5. Perda de benefícios e perda de doações

Os terceiros que queiram fazer doações a um ou ambos os nubentes (i.e., antes do casamento) e as queiram ligar – ou condicionar – não só à celebração do casamento, como à sua manutenção, sem interrupção, até à morte, estão *forçados* a fazê-lo na convenção antenupcial.

É do facto de o fazerem na convenção antenupcial que resulta inequivocamente, *juris et de jure*, se quisermos, que elas são para casamento (isto, quer integrem a comunhão quer não), sob pena de se lhes aplicar o regime geral das doações.

É o que resulta do artigo 1756.º, n.º 2, do CC.

Restará, portanto, ao autor de uma liberalidade que a tenha feito antes do casamento, em consideração da celebração e/ou da manutenção do casamento, mas fora da convenção antenupcial, invocar, podendo, o regime do erro sobre os motivos ou erro vício do artigo 252.º do CC.

Quanto às doações feitas aos cônjuges por terceiros durante o casamento – que não estão abrangidas por nenhum dos anteriores regimes - há que, em

²⁷ E não dos *herdeiros* legais, porque o cônjuge deixa de o ser ou pode, nos dias que correm, nem sequer o ser – *vide* o meu “A posição sucessória ...”, já antes citado - ou de x ou y se nenhuma menção ao facto de ser cônjuge do tomador. Isto, independentemente dessa *perda* poder já resultar do regime legal do contrato de seguro ou constar das respectivas condições gerais ou particulares.

²⁸ O que, sem quere complicar em demasia e extravasar ainda mais a matéria em apreço, mesmo assim é problemático, atendendo à nulidade da condição, nas instituições de herdeiro ou nomeações de legatário, das condições de casar ou não casar se considerarmos que esta se alarga à proibição de uma condição de permanecer casado.

primeiro lugar, recordar que é perfeitamente possível que num regime de comunhão de adquiridos os cônjuges detenham bens próprios em compropriedade.

Assim acontecerá com os que tiverem sido adquiridos pelos dois antes do casamento a título oneroso ou gratuito, neste regime e os que tenham adquiridos durante o casamento, a título oneroso ou gratuito, e não devam integrar a comunhão, mas apesar disso sejam bens próprios dos dois – ou de mais três ou dez pessoas – em compropriedade.

Em segundo lugar, há que ler o artigo 1729.º do Código Civil distinguindo claramente as duas partes em que o número 1) se subdivide, sem esquecer a norma imperativa do número 2.

«Artigo 1729.º

1. Os bens havidos por um dos cônjuges por meio de doação ou deixa testamentária de terceiro entram na comunhão, se o doador ou testador assim o tiver determinado; entende-se que essa é a vontade do doador ou testador, quando a liberalidade for feita em favor dos dois cônjuges conjuntamente.

2. O disposto no número anterior não abrange as doações e deixas testamentárias que integrem a legítima do donatário.»

Primeira parte: “os bens havidos por um dos cônjuges por meio de doação ou deixa testamentária de terceiro entram na comunhão, se o doador ou testador assim o tiver determinado”.

Isto é, a liberalidade foi feita a um dos cônjuges.

Nesse caso, sendo os cônjuges casados na comunhão geral, a liberalidade integra o património comum, a não ser que o autor da liberalidade expressamente a afaste da comunhão. É o que resulta quer do artigo 1732.º, quer da alínea a) do nº 1 do artigo 1733.º do CC.

Mas a norma do artigo 1729.º está inserida nas regras do regime da comunhão de adquiridos, que era o regime do casamento das partes no caso em apreço.

Neste regime, nos termos da primeira parte do artigo, a liberalidade feita apenas a um dos cônjuges é património próprio do donatário.

Isto, a não ser que o doador, embora a faça apenas a um dos cônjuges:

- A faça por conta da quota disponível; e
- Declare que a faz para que se comunique, para que integre a comunhão conjugal.

Preenchidos estes dois pressupostos, apesar de o outro cônjuge não ser parte no contrato nem ser chamado a aceitá-la, a liberalidade integrará a comunhão, o que só é possível atendendo ao que prescreve o artigo 1683.º do CC.: *Os cônjuges não necessitam do consentimento um do outro para aceitar doações, heranças ou legados.*

Esta norma de administração aplica-se independentemente do regime de bens do casamento, pelo que o consentimento é desnecessário quer os bens adquiridos a título gratuito por um dos cônjuges sem intervenção ou consentimento do outro venham a ser próprios do donatário/sucessível ou venham a integrar a comunhão conjugal.

Segunda parte: *“entende-se que essa é a vontade do doador ou testador, quando a liberalidade for feita em favor dos dois cônjuges conjuntamente”*. Isto é, a liberalidade é feita a ambos.

Neste caso, o regime de propriedade a que vai obedecer a liberalidade depende de duas circunstâncias:

- a) De a liberalidade ser feita por conta da legítima de algum dos donatários ou da quota disponível do autor da liberalidade: *“não abrange as doações e deixas testamentárias que integrem a legítima do donatário”*.
- b) Da declaração de vontade ou do silêncio do autor da liberalidade: *“entende-se que essa [a de integrar a comunhão] é a vontade do doador ou testador”*.

Se a liberalidade integrar a legítima de algum dos donatários, é necessariamente sujeita ao regime da compropriedade.

Isto porque a liberalidade feita àquele que é sucessível ou sucessor legitimário do autor da liberalidade tem de ser imputada na respectiva legítima subjectiva, enquanto a parte daquele que não o é tem de ser imputada na quota disponível do autor da liberalidade.

Uma liberalidade integra a legítima do beneficiário quando é feita em vida a favor de um descendente que seja, à data da liberalidade, o presuntivo herdeiro legitimário prioritário do doador²⁹ ou quando este, em testamento ou contrato

²⁹ Quando a colação não seja dispensada ou quando a doação não seja manual, caso em que se presume dispensada a colação. Por doação manual entende-se comumente um acto pelo qual o *tradens*, com *animus donandi*, entrega bem móvel, mesmo quantias em dinheiro,

sucessório, lhe faz uma liberalidade *mortis causa* por conta (ou em substituição) da legítima.

Em ambos os casos – *inter vivos* ou *mortis causa* – a liberalidade é imputada na legítima subjectiva do beneficiário, uma vez falecido o autor da liberalidade.

No primeiro caso, isto faz-se através do conjunto de operações de partilha a que a lei chama a *colação*, que consiste em três passos: *restituir*³⁰, *imputar*³¹ e *igualar*³².

No segundo caso, tratar-se-á de um legado por conta ou em substituição a legítima, o que depende de expressa declaração do *de cuius* e da aceitação do herdeiro legitimário e se faz através da *imputação* na legítima³³.

Como tal, se o autor da liberalidade a faz a favor de marido e mulher, o regime a aplicar só pode ser o da compropriedade, para aquela que beneficia um herdeiro legitimário seja imputada na respectiva legítima e a que beneficia o outro cônjuge, que³⁴ não o é, seja imputada na quota disponível do autor.

Se a liberalidade não houver de integrar a legítima do donatário, é, necessariamente, imputada na quota disponível. Como tal, nada obsta a que integre a comunhão e o princípio do *favor communiis* dita, portanto, a solução da segunda parte do artigo 1729.º, n.º 1: no silêncio do doador, integra a comunhão.

A presunção de que é feita para a comunhão, quando o seja por conta da quota disponível, é, a meu ver, uma presunção *juris et de jure*. A norma não ressalva a possibilidade de prova e contrário, como deve acontecer, na boa técnica legislativa, sempre que uma presunção seja ilidível.

ao *accipiens* ou a favor deste. Não deixa a doação de ser por isso um contrato. Os simples factos de o *accipiens* receber a liberalidade, não se opor à atribuição patrimonial ou tomar posse do bem, revelam vontade de a aceitar.

³⁰ Fictícia ou verdadeiramente.

³¹ Na legítima e, o eventual excesso, na quota disponível, a não ser que a vontade do autor da liberalidade seja a da chamada *colação absoluta*.

³² Se possível.

³³ O legado por conta e o legado em substituição têm regimes e implicações diferentes, mas que aqui não relevam.

³⁴ Em princípio porque enquanto só os descendentes estão – pelo menos, no texto da lei – sujeitos à *colação*, um legado por conta ou em substituição da legítima pode ser feito a favor de qualquer herdeiro legitimário, descendente, ascendente ou cônjuge. Muito difícil será, porém, na realidade, que uma doação seja feita a um casal e que ambos sejam herdeiros legitimários do autor da liberalidade, excepto se for feita de filhos para pais.

Ainda que a presunção seja *juris tantum*, como entende RUTE PEDRO³⁵, a única prova do contrário possível é aquela que se possa retirar da interpretação da declaração.

Isto é, apenas é possível ilidi-la demonstrando do conteúdo da declaração segundo as regras de interpretação, se poderá retirar a intenção de que a liberalidade passasse, não a integrar a comunhão conjugal, mas, em partes iguais ou distintas, a ser bem próprio de cada um dos cônjuges.

6. Perda de doações

Como se deixou acima exposto, os terceiros que façam aos cônjuges (i.e., na constância do casamento) doações ou outras atribuições patrimoniais por espírito de liberalidade, devem fazê-las apenas a um ou, quando as querem fazer a ambos, declarar, sendo esse o caso, que as querem excluir da comunhão e que se aplique, portanto, o regime da compropriedade. É o que determina o artigo 1729.³⁶

Já quando, independentemente de o fazerem apenas a um dos cônjuges, por força do regime de bens as liberalidades devam integrar a comunhão (como acontece no regime típico da comunhão geral ou em qualquer regime atípico de onde o mesmo resulte) doador e donatário devem estipular a incomunicabilidade das liberalidades, nos termos do artigo 1733.º n.º 1, alínea a).

Note-se que este artigo se aplica a outros regimes, pelo que nada impede que doador e donatário estipulem a incomunicabilidade dos bens doados antes ou durante o casamento e em qualquer regime, típico ou atípico.

Quererá, pois, a disposição que determina a *perda de benefícios* abranger estas doações?

É potencialmente defensável, mas, mesmo que o fossem, não são todas e quaisquer doações.

Isto é, mesmo que a perda de benefícios do artigo 1791.º determinasse a *perda* de tais doações, a verdade é que só o determinaria se estas doações tivessem sido feitas *em função do estado de casado*, i.e., que foram feitas pelo

³⁵ TEIXEIRA PEDRO, Rute. Anotação ao artigo 1729.º, *Código Civil Anotado*, Almedina, Coimbra, 2020.

³⁶ Ou seja, isso não equivale a dizer que o doador não quis fazer as liberalidades a ambos, porque se ambos intervêm e aceitam, ambos são, necessariamente, donatários. Quer apenas dizer que, quando nada é declarado no contrato, as liberalidades estão sujeitas ao regime da compropriedade e não ao da comunhão conjugal.

autor da liberalidade de forma claramente ligada, *condicionada*, à continuação do casamento.

Essa alegação e prova teria de ser feita e o ónus da prova de que os benefícios foram feitos *em consideração do estado de casado* caberia, naturalmente, àquele a quem a perda dos benefícios favorece e único que tem interesse em agir: o autor da liberalidade.

7. Em conclusão

O artigo 1791.º do Código Civil português determina que, em caso de divórcio, ambos os cônjuges percam todos os *benefícios que tenham recebido ou hajam de receber em consideração do estado de casado*.

Se o verdadeiro significado e alcance desta *perda de benefícios* já era, no regime antigo, elusivo, tornou-se ainda mais com a entrada em vigor do “novo” regime jurídico do divórcio, em 2008, na medida em que as antigas sanções patrimoniais previstas para o cônjuge que fosse considerado único ou principal culpado são hoje meros efeitos patrimoniais do divórcio (e da separação de pessoas e bens), que operam para ambos.

Pese embora os artigos 1760º e 1766º do Código Civil, a propósito das doações para casamento e as doações entre os cônjuges, continuarem a fazer referência à culpa, a melhor doutrina entende que a parte das normas que se refere ao “cônjuge considerado único e principal culpado” está tacitamente revogada e que a caducidade atinge, portanto, ambos os cônjuges.

Ainda assim, a perda de benefícios prevista no artigo 1791º do Código Civil é diversa da caducidade das doações para casamento e das doações entre casados.

Estas operam automaticamente, uma vez que o facto de serem feitas “em consideração do estado de casado” já resulta do seu regime próprio, sem necessidade de qualquer outra alegação e prova.

Já assim não é com a *perda de benefícios*, que abrange nem as doações anteriores ao casamento, fora da convenção antenupcial, às quais se aplica o regime geral, nem as para casamento nem as entre casados, para as quais há regimes próprios, que já determinam a respectiva caducidade em caso de divórcio ou separação de pessoas e bens.

Aplicar-se-á, portanto, porventura, àquelas que são feitas por terceiros aos cônjuges durante o casamento e em consideração desse *estado de casado*. O mesmo é dizer, que não teriam sido feitas não fosse o facto de aquelas duas pessoas estarem casadas entre si.

Este facto – que é um verdadeiro *motivo determinante da vontade* – carece de alegação e prova, o que, ao menos na falta de acordo, implicará uma acção judicial, o que as afasta do regime da caducidade.

REFERÊNCIAS

Araújo Dias, Cristina. Uma Análise do Novo Regime Jurídico do Divórcio. 2.^a Edição. Coimbra: Almedina; 2009.

Dias Costa, Eva. Da Relevância da Culpa nos Efeitos Patrimoniais do Divórcio. Coimbra: Almedina; 2005.

Dias Costa, Eva. “A Eliminação do Divórcio Litigioso por Violação Culposa dos Deveres Conjugais”. E Foram Felizes para Sempre? Uma Análise Crítica do Novo Regime Jurídico do Divórcio. Sottomayor, Maria Clara (Coord.). Wolters Kluver/Coimbra Editora; 2010. pp. 53–80.

Dias Costa, Eva. “Fracturas do Direito Matrimonial Português Contemporâneo”. Direito em Dia. 29.07.2019; disponível em <https://www.direitoemdia.pt/magazine/show/63>

Duarte Pinheiro, Jorge. O Direito da Família Contemporâneo. Reimp. da 4.^a Edição. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa; 2015.

França Pitão, José António de. A Posição do Cônjuge Sobrevivo no Actual Direito Sucessório Português. Coimbra: Almedina; 2006 e Dias Costa, Eva. “A posição sucessória do cônjuge sobrevivente no Direito Português: a propósito da Lei 48/2018, de 14 de Agosto”. Direito em Dia. 2019; disponível em <https://www.direitoemdia.pt/magazine/show/55>.

Gomes da Silva, Nuno Espinosa. História do Casamento em Portugal. Um Esboço. Lisboa: Universidade Católica Editora; 2013.

Leite de Campos, Diogo. Martinez de Campos, Mónica. Lições de Direito da Família. Coimbra. Almedina, 2022 (Reimpressão da Edição de 2020).

Hörster, Heinrich Ewald. “A Responsabilidade Civil entre os Cônjuges”. E Foram Felizes para Sempre? Uma Análise Crítica do Novo Regime Jurídico do Divórcio. Sottomayor, Maria Clara (Coord.). Wolters Kluver/Coimbra Editora; 2010. pp. 91–112.

Lobo Xavier, Rita. Recentes Alterações ao Regime Jurídico do Divórcio e das Responsabilidades Parentais. Coimbra: Almedina; 2009.

Pinto de Mesquita, António. Observações sobre a Reforma do Código Civil [Internet]. Coimbra Editora; 1934; disponível em <https://www.fd.unl.pt/Anexos/Investigacao/1299.pdf>

Teixeira Pedro, Rute. Anotação ao artigo 1729.º, 1766.º, 1791.º, Código Civil Anotado, Almedina, Coimbra, 2020.

Data de submissão do artigo: 30/04/2023

Data de aprovação do artigo: 16/10/2023

Edição e propriedade:

Universidade Portucalense Cooperativa de Ensino Superior, CRL

Rua Dr. António Bernardino de Almeida, 541 - 4200-072 Porto

Email: upt@upt.pt