

Problemáticas em torno da fixação da data em que se produzem os efeitos patrimoniais do divórcio

(nos termos do artigo 1789º, nº 2 do Código Civil)

Maria de Fátima Marques da Silva
Juíza de Direito

Resumo: A questão relativa à fixação dos efeitos patrimoniais do divórcio, nos termos previstos no artº 1789º, nº 2 do Código Civil, tem suscitado procedimentos e tratamentos divergentes na prática dos tribunais vocacionados para as matérias atinentes à área da Família, Crianças e Jovens. Através deste estudo pretende-se apontar para um caminho que, atendendo às finalidades visadas com aquela previsão legal, permita compreender em que contexto processual e à luz de que requisitos materiais, no âmbito do atual regime do divórcio, é permitido ao julgador fixar o início da separação do facto, tendo vista a datação da produção dos efeitos patrimoniais do divórcio, nas relações entre os cônjuges, em momento anterior ao da propositura da ação de divórcio.

Palavras-chave: Separação de facto; início; coabitação; efeitos patrimoniais do divórcio; tempo e lugar do pedido de retroação; causa de pedir; acordo de fixação dos efeitos patrimoniais do divórcio; não homologação; divórcio na Conservatória do Registo Civil; divórcio no Tribunal; artigo 1789º do Código Civil.

Índice:

I – Enquadramento

II - Questões a resolver

II.1 – Qual o alcance do conceito de “separação de facto” para efeitos do disposto no art. 1789º, nº 2 do CC?

II. 2 – É possível fixar o início da separação de facto entre os cônjuges, nos termos previstos no nº 2 do artigo 1789º do Código Civil, fora do processo de divórcio, em ação de processo comum proposta com essa finalidade?

II.3 –A fixação dos efeitos do divórcio para efeitos patrimoniais pode ser objeto de acordo passível de homologação judicial?

II.4 –O pedido de fixação da data da separação para efeitos patrimoniais deve ser formulado nos articulados (petição inicial e contestação-reconvenção) ou pode ser formulado em momento ulterior, na pendência do processo de divórcio?

II.5 - O pedido de fixação da data da separação para efeitos patrimoniais pode ser formulado em incidente autónomo depois de proferida a sentença ou, posteriormente, no processo de inventário?

II.6 – É possível fixar a data da separação para efeitos patrimoniais no processo de divórcio com o consentimento do outro cônjuge ou apenas no divórcio sem o consentimento do outro cônjuge?

II.7 –Se a separação de facto se iniciar na pendência da ação de divórcio, qual é a data da separação para efeitos patrimoniais?

III – Considerações finais.

I – Enquadramento:

O regime jurídico do divórcio sofreu forte abalo com a entrada em vigor da Lei n.º 61/2008, de 31 de outubro, a qual tem subjacente a ideia de que ninguém deve permanecer casado contra a sua vontade se entender que já não existe afeto relacional.

Para pedir a dissolução do vínculo conjugal, deixou de ser necessário alegar e provar um comportamento culposos por parte de algum dos cônjuges, bastando a invocação e prova de factos que demonstrem inequivocamente estar definitivamente comprometida a vida em comum.

Com a eliminação do regime do divórcio litigioso, alicerçado na violação culposa

dos deveres conjugais, consagrou-se o divórcio sem consentimento do outro cônjuge, fundado em factos objetivos demonstrativos da rutura definitiva do casamento, podendo qualquer dos cônjuges requerer o divórcio mesmo que tenha contribuído em maior ou menor medida para a rutura da relação matrimonial.

O divórcio “*por mútuo consentimento*” ou “*divórcio com o consentimento do outro cônjuge*” ganhou novas feições uma vez que passou a poder ser decretado mesmo que não se verifiquem os acordos acerca do destino da casa de morada de família, dos alimentos entre cônjuges e, no caso de existirem filhos menores de idade, do regime de regulação das responsabilidades parentais (e, a partir da entrada em vigor da Lei nº 8/2017 de 3/03, do destino dos animais de companhia).

Na verdade, no caso de não existir acordo dos cônjuges quanto a essas questões do divórcio, passou a caber ao juiz fixar as consequências do divórcio quanto às mesmas, nessa modalidade de divórcio.

Entre outras modificações relevantes, que não elencarei nesta sede porque não atinentes ao assunto em discussão no presente escrito, importa realçar a alteração da redação do artigo 1789º do Código Civil (doravante designado por CC) relativo à data em que, para efeitos patrimoniais, se produzem os efeitos do divórcio.

Antes da entrada em vigor da Lei n.º 61/2008, de 31 de outubro, o artigo 1789º do CC tinha a seguinte redação:

1. *Os efeitos do divórcio produzem-se a partir do trânsito em julgado da respetiva sentença, mas retrotraem-se à data da proposição da ação quanto às relações patrimoniais entre os cônjuges.*
2. *Se a falta de coabitação entre os cônjuges estiver provada no processo, qualquer deles pode requerer que os efeitos do divórcio se retrotraiam à data, que a sentença fixará, em que a coabitação tenha cessado por culpa exclusiva ou predominante do outro.*
3. *Os efeitos patrimoniais do divórcio só podem ser opostos a terceiros a partir da*

¹ Art. 1778º A, nº 3 do Código Civil.

data do registo da sentença.

Depois da entrada em vigor daquele diploma legal, que manteve inalteradas as previsões dos nºs 1 e 3 do citado artigo, o seu nº 2 passou a dispor o seguinte:

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.

Decorre, assim, dos nº 1 e nº 3 do referido preceito legal, antes e depois da reforma do regime do divórcio, que, não existindo pedido em sentido diverso, os efeitos decorrentes do trânsito em julgado da sentença que decreta o divórcio retrotraem-se à data da propositura da ação de divórcio, para efeitos patrimoniais, entre os cônjuges, apenas podendo ser opostos a terceiros a partir da data do registo da sentença, ou seja, a partir do momento em que esta é publicitada através do seu registo.

Já quando é formulado pedido, para fixação dos efeitos patrimoniais do divórcio, numa data anterior à data da propositura da respetiva ação, o regime legal sofreu profunda alteração.

Na verdade, antes da reforma, a retroação dos efeitos patrimoniais do divórcio para data anterior à da propositura da ação, por referência à data da “cessação da coabitação”, só podia ser declarada se houvesse culpa no divórcio, perfilando-se como um benefício para o cônjuge não culpado ou não predominantemente culpado na cessação da coabitação do casal, único a poder formular tal pedido.

Assim, estava vedado ao cônjuge culpado ou com mais culpa, na “cessação da coabitação”, ver atendido o pedido de retroação dos efeitos patrimoniais do divórcio à data da “cessação da coabitação”.

Com a previsão do nº 1 do art. 1789º do CC, pretende-se evitar, antes e depois da reforma, que, na pendência do processo de divórcio, algum dos cônjuges possa prejudicar o património conjugal com atos lesivos que visem atingir negativamente os interesses do outro cônjuge.

Nesse sentido, Pires de Lima e Antunes Varela afirmam que “a manifesta intenção

da lei, quanto a este primeiro aspeto, é a de evitar que um dos cônjuges seja prejudicado pelos atos de insensatez, de prodigalidade ou de pura vingança, que o outro venha a praticar, desde a proposição da ação, sobre valores do património comum”²

E, como se refere no ac. do STJ de 18.11.2008³, “temos, assim, que o escopo do n.º 1 do artigo 1789º é não permitir que, durante o processo de divórcio, qualquer dos cônjuges pratique atos com reflexo negativo no património comum que prejudiquem o outro.

Daqui se pode inferir que a fixação de uma data para a produção dos efeitos do divórcio, no tocante às relações patrimoniais entre os cônjuges, visa essencialmente as relações dos cônjuges, ou de qualquer deles, com terceiros, nomeadamente, evitar que um cônjuge possa vir a ser também responsabilizado por dívidas contraídas pelo outro (registre-se que são dívidas comuns do casal, da responsabilidade de ambos os cônjuges, as dívidas contraídas, perante terceiros, durante a vigência do casamento, na proporção de metade para cada um deles – artigos 1691º, a), e 1730º, n.º 1, do Código Civil), bem como permitir que aos bens adquiridos ou rendimentos auferidos por cada um dos cônjuges não se aplique o regime da comunicabilidade (regimes da comunhão de adquiridos e da comunhão de bens – cfr. artigos 1724º e 1732º do Código Civil), não ficando a fazer parte do património comum.”

Já com a previsão do n.º 2 do art. 1789º do CC, visava-se proteger, apenas, o cônjuge inocente ou menos culpado (na “cessação da coabitação”), através do pedido de retroação dos efeitos patrimoniais do divórcio à data da “cessação da coabitação”, contra atos de dilapidação e de interferências negativas praticados sobre o património comum, a partir do final da “coabitação”, pelo cônjuge culpado ou predominantemente culpado.

Permitia, por exemplo, afastar a comunicabilidade de um bem adquirido pelo cônjuge inocente ou não predominantemente culpado antes da propositura da ação de divórcio mas após a “cessação da coabitação”, faculdade essa que estava vedada ao cônjuge culpado ou principal culpado.

Pressupondo a declaração de culpa do cônjuge responsável ou

² Código Civil Anotado, vol. IV, 1987, pág. 561

³ ac. do STJ de 18.11.2008, proc n.º 08A2620, in <https://jurisprudencia.pt/acordao/133884/>

predominantemente responsável pela cessação da “coabitação”, a regra prevista no art. 1789º, nº 2 do CC tinha o seu campo limitado ao divórcio “litigioso”, sendo inequívoca a sua inaplicabilidade no âmbito do divórcio “*por mútuo consentimento*”.

Com a eliminação do divórcio assente na violação culposa de deveres conjugais, levada a cabo pela Lei nº 61/2008 de 31 de outubro, em que se abandonou o conceito de “divórcio-sanção”, o divórcio deixou de estribar-se na culpa ou maior culpa de um dos cônjuges, podendo ser requerido por um dos cônjuges contra o outro, mesmo sem o consentimento deste, por algum dos fundamentos previstos no art. 1781º do CC.

É pacífico, à luz do anterior e do atual regimes, que a fixação da data prevista no art. 1789º, nº 2 do CC apenas releva para efeitos patrimoniais e na estrita relação dos cônjuges, pois que, quanto a terceiros, os efeitos patrimoniais do divórcio apenas lhes podem ser opostos a partir da data do registo da sentença (artigo 1789º, nº 3 do CC) e os efeitos pessoais do divórcio apenas se produzem com o trânsito em julgado da sentença que o decreta (art. 1789º, nº 1, primeira parte, do CC).

À luz do novo regime do divórcio, qualquer um dos cônjuges, independentemente de culpa, passou a poder formular o pedido de retroação, dos efeitos patrimoniais do divórcio, à data da separação de facto que a sentença venha a fixar.

Esta alteração tem reflexos relevantes para efeitos de partilha, “*vg, para fundar direitos de crédito de um dos ex-cônjuges sobre a massa patrimonial comum, resultantes do cumprimento integral pelo mesmo de obrigações que, nos termos do nº 3 do art. 1789º e do regime de bens de comunhão concretamente aplicável, devessem considerar-se comunicáveis*”⁴.

Esta possibilidade, ao alcance de qualquer um dos cônjuges, que se encontra prevista no atual regime legal, suscita diversas dificuldades em termos processuais, que se prendem, essencialmente, com a questão de saber que factos devem estar alegados nos articulados para que possa ser fixada uma data da separação diversa da prevista no art. 1789º, nº 1 do CC, se tal pedido pode ser formulado em qualquer modalidade de divórcio

⁴ João Espírito Santo, in Divórcio, cessação da coabitação conjugal e critério legal da partilha”, Estudos em homenagem aos Professores João de Castro Mendes e Adelino da Palma Carlos.

(com ou sem consentimento do outro cônjuge) e em que momento processual e através de que meio processual deve ser formulado.

A presente publicação visa fornecer uma resposta às dificuldades suscitadas pela atual redação do art. 1789º, nº 2 do CC, sendo que, relativamente ao preceituado no art. 1789º, nº 1 do CC, é consensual que é aplicável ao processo de divórcio com e sem consentimento do outro cônjuge, quer corra no tribunal, quer seja requerido na conservatória do registo civil o processo de divórcio com o consentimento do outro cônjuge, e independentemente da formulação de qualquer pedido no sentido da aplicação desse preceito legal.

Prevendo o art. 1789º, nº 1 do CC que os efeitos do divórcio produzem-se a partir do trânsito em julgado da respetiva sentença, mas retrotraem-se à data da proposição da ação quanto às relações patrimoniais entre os cônjuges, cumpre aqui salientar que, quando a ação seja proposta por autor que tenha requerido proteção jurídica na modalidade de nomeação de patrono, tendo em vista a propositura da ação de divórcio, esta considera-se proposta⁵, não na data em que a ação de divórcio é remetida a juízo, mas sim na data em que foi apresentado o pedido de nomeação de patrono (art. 33º, nº 4 da Lei n.º 34/2004, de 29 de Julho, na atual redação, comumente designada por LAJ).

II - Questões a resolver

II.1 – Qual o alcance do conceito de “separação de facto” para efeitos do disposto no art. 1789º, nº 2 do CC?

É discutido o alcance do conceito de “separação de facto”, atualmente previsto no art. 1789º, nº 2 do CC, no confronto com a sua anterior redação, que expressamente mencionava a cessação da “coabitação” por culpa predominante ou exclusiva do outro cônjuge, como referência temporal, a fixar na sentença, a pedido do cônjuge inocente ou não predominantemente culpado, tendo em vista a determinação do início dos efeitos patrimoniais do divórcio.

⁵ Vide arts. 259º, nº 1 e 144º, nº 1 e 7 do Código de Processo Civil.

Na redação primitiva desse preceito legal, o divórcio produzia efeitos, na esfera patrimonial dos ex-cônjuges, a partir da data em que tivesse cessado a “*coabitação*” do casal por culpa exclusiva ou predominante do outro cônjuge, ou seja, daquele contra o qual era formulado o pedido de fixação da data da cessação da coabitação, para efeitos patrimoniais, pelo cônjuge inocente ou não predominantemente culpado.

Não se discutindo atualmente a culpa do divórcio, na determinação da data em que se produzem os seus efeitos, verifica-se que o legislador também procedeu à substituição do conceito de “*coabitação*” pelo conceito, mais exigente, de “*separação de facto*”, não bastando assim que os cônjuges tenham deixado de coabitar.

Destarte, interpretando a lei à luz da unidade do sistema jurídico e de acordo com a presunção do legislador razoável, como impõe o art. 9.º, n.º 1 e 3 do CC, é inevitável concluir que o conceito de “*separação de facto*”, atualmente previsto no art. 1789º, nº 2 do CC, reconduz-se ao conceito consagrado no art. 1782º do CC, de acordo com o qual a separação de facto ocorre quando não existe comunhão de vida e há da parte de ambos os cônjuges, ou de um deles, o propósito de a não restabelecer⁶.

Assim, muito embora conste da letra do art. 1782º do CC que o conceito de separação de facto consagrado neste preceito é o relevante “*para os efeitos da alínea a) do artigo anterior*”⁷, tal conceito não serve apenas para definir a separação de facto como fundamento do divórcio previsto no art. 1781º, al. a) do CC, servindo ainda para efeitos do n.º 2 do artigo 1789.º do CC, ou seja, para fixar a data a partir da qual se produzem os efeitos do divórcio, quanto às relações patrimoniais entre os cônjuges.

Na verdade, com a reforma do regime do divórcio, a Lei nº 61/2008 de 31/10, ao abolir a culpa dos fundamentos do divórcio, ao introduzir o conceito de rutura definitiva da vida em comum como fundamento bastante para o pedido de divórcio e ao substituir o termo “*coabitação*” pelo conceito de “*separação de facto*”, na previsão do preceito legal

⁶ Vide, nesse sentido, Guilherme de Oliveira, in Manual de Direito da Família, 2022, Almedina, 2ª ed., reimp., p. 316 e Nuno de Salter Cid, in I Colóquio de Direito da Família, Colóquios do Supremo Tribunal de Justiça, Livro Digital, 2ª ed., p.19.

⁷ Art. 1781º do CC: São fundamentos do divórcio sem consentimento de um dos cônjuges: a) A separação de facto por um ano consecutivo (...)

em análise, o legislador, coerentemente, no âmbito do mesmo instituto do divórcio, pretendeu conferir os mesmos alcance e sentido ao conceito de “*separação de facto*”, definido no art. 1782º, nº 1 do CC, quer para efeitos da verificação do fundamento do divórcio consagrado no art. 1781º, al a) do CC, quer para determinação dos seus efeitos patrimoniais, nos termos previstos no art. 1789º, nº 2 do CC.

Nesse sentido argumenta-se, no ac STJ de 07/12/2023⁸, que “*considerando a interpretação a lei à luz da unidade do sistema jurídico (artigo 9.º, n.º 1 do Código Civil), é legítimo presumir que, ao referir-se à separação de facto, o legislador tivesse em vista o conceito constante do n.º 1 do artigo 1782.º. Com efeito, ter em conta, na interpretação da lei, a unidade do sistema jurídico “induz a presumir”, para usarmos as palavras de Manuel de Andrade, “que o legislador não tenha pensado a lei como puro acervo ocasional de normas justapostas, mas como um sistema devidamente articulado. Daí que cada texto legal deva ser relacionado com os que lhes estão conexos por contiguidade ou por outra causa, tomando o seu lugar no encadeamento de que faz parte” [Sentido e Valor da Jurisprudência, página 27 e 28, Coimbra 1973].*

Assim, à luz do critério interpretativo exposto, não faria sentido que o legislador usasse um conceito de separação de facto para efeitos de fundamento do divórcio e outro, diferente, quase imediatamente a seguir, para definir a data a partir da qual se produzem os efeitos do divórcio. (...)

Segue-se do exposto que o conceito de separação de facto que é tido em vista pelo n.º 2 do artigo 1789.º do Código Civil é o constante do n.º 1 do artigo 1782.º mesmo diploma”.

É desta forma necessário, à luz do atual regime, para que se opere a retroação dos efeitos patrimoniais do divórcio, a data anterior à da propositura da ação respetiva (a pedido de qualquer um dos cônjuges), que se prove em que data deixou de existir comunhão de vida e existiu, da parte de pelo menos um dos cônjuges, o propósito de a não restabelecer.

Para efeitos do disposto no art. 1789º, nº 2 do CC, não basta, assim, que cesse a

⁸ ac STJ de 07/12/2023, nº 4/22.2T8SRQ.L1.S1, in <https://juris.stj.pt/>

“coabitação” entre os cônjuges, impondo-se a averiguação da data em que se dá o falhanço da relação conjugal, ou seja, a data em que, pelo menos um deles, deixa de encarar, em termos definitivos, a vida conjugal como um projeto de vida possível e viável.

II. 2 – É possível fixar o início da separação de facto entre os cônjuges (nos termos previstos no nº 2, do artigo 1789º do Código Civil) fora do processo de divórcio, em ação de processo comum proposta com essa finalidade?

Quando não tenha sido discutida, no processo de divórcio, a data da separação de facto dos cônjuges, suscita-se a questão de saber se, para efeitos patrimoniais e tendo em vista, nomeadamente, uma ulterior partilha do património comum do dissolvido casal anteriormente constituído pelos ex-cônjuges, é possível ou não propor uma ação de processo comum com esse fim.

A letra do art. 1789º, nº 2 do CC induz, desde logo, uma resposta negativa a tal questão, na medida em que refere a prova da separação de facto “**no**” processo e não num qualquer outro processo, diverso do processo de divórcio.

Na verdade, a fixação da data da separação de facto do casal, para efeitos patrimoniais, prende-se diretamente com o fundamento do divórcio previsto no art. 1781º, al a) do CC, o qual apenas pode ser debatido e verificado no processo de divórcio, no âmbito do qual, provado que seja esse concreto fundamento (do divórcio), devem ser extraídas as respetivas consequências, em termos patrimoniais, a pedido de qualquer um dos cônjuges, nos termos previstos no art. 1789º, nº 2 do CCº.

Admitir-se solução diversa implicaria pôr em causa a confiança merecida pela publicidade decorrente do registo da sentença do divórcio, na qual não exista pronúncia nos termos do art. 1789º, nº 2 do CC, uma vez que, a qualquer momento, depois da prolação de tal sentença, poderia ser posta em causa a data do início da produção dos efeitos patrimoniais do divórcio diretamente resultante do regime previsto no art. 1789º,

⁹ Vide, entre outros, acórdão do RP de 09.01.2017 proc 569/09.4T6AVR-A.P1, in <https://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/>, ac. STJ de 2018-06-07 (Processo nº 2159/10.0TBOAZ-A.P1.S1), in <https://diariodarepublica.pt/dr/detalhe/acordao/2159-2018-116182435>

nº 1 do CC, com reflexos imediatos nas relações entre as partes e colaterais nas relações destas com terceiros.

Decorre do exposto que, se não tiver sido fixada, no processo de divórcio, a data da separação de facto para os efeitos previstos no art. 1789º, nº 2 do CC, arredada fica, em definitivo, a possibilidade de discussão ulterior de tal questão numa ação declarativa de processo comum proposta com essa finalidade.

II.3 – A fixação da data em que se produzem os efeitos patrimoniais do divórcio pode ser objeto de acordo passível de homologação judicial?

Essa questão pode suscitar-se em qualquer modalidade de divórcio (com ou sem consentimento do outro cônjuge), bastando, para tal, pensar na hipótese de uma ação de divórcio sem consentimento do outro cônjuge em que tenham sido invocados fundamentos do divórcio, por via de ação e/ou de reconvenção, diversos do previsto no art. 1781º, al a) do CC e, na pendência da causa, os cônjuges requeiram a homologação de acordo incidente sobre a data da separação de facto para efeitos patrimoniais.

Sendo indubitável que a ação de divórcio é uma ação de estado respeitante a direitos tendencialmente indisponíveis, daí resulta inexoravelmente que os respetivos fundamentos são insuscetíveis de acordo ou confissão¹⁰.

Na verdade, embora seja possível decretar o divórcio com o consentimento do outro cônjuge, mediante a manifestação de uma vontade inequívoca, por banda de ambos os cônjuges, no sentido de colocarem termo, consensualmente, à relação conjugal, não é legalmente admissível, através de mero acordo dos cônjuges ou através de confissão, considerar provados os concretos fundamentos do divórcio, porque excluídos da livre disponibilidade das partes.

¹⁰ Vide, entre outros, ac. RC de 25.10.2022, proc. 5414/21.0T8CBR, in <https://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/> e António José Fialho, in Guia Prático do Divórcio e das Responsabilidades Parentais, publicação do Centro de Estudos Judiciários, p. 16, nota 9, https://cej.justica.gov.pt/LinkClick.aspx?fileticket=H6EKEB_cuVo%3D&portalid=30, Vide, em sentido divergente, admitindo a fixação, por acordo dos cônjuges, dos efeitos patrimoniais do divórcio, nos termos do art. 1789º, nº 2 do CC, João Espírito Santo, Divórcio, Cessação da coabitação conjugal e critério legal da partilha, in Estudos em homenagem aos Professores João de Castro Mendes e Adelino da Palma Carlos.

Ora, servindo, para a densificação do conceito de separação de facto previsto no art. 1789º, nº 2 do CC, o mesmo conceito fornecido pelo art. 1782º do CC, diretamente relacionado com o fundamento do divórcio previsto no art. 1781º, al a) do CC, facilmente se conclui que não é legalmente admissível a homologação do acordo dos cônjuges que tenha por objeto a fixação dos efeitos patrimoniais do divórcio, sendo a vontade das partes ineficaz para produzir o efeito jurídico que, com tal acordo, se pretende obter, dada a inadmissibilidade de confissão e de acordo quanto aos fundamentos do divórcio e, mormente, quanto ao início da separação de facto.

Nesse sentido o legislador impôs, no artigo 1789º, nº 2 do CC que, para que possa ser fixada uma data anterior à da propositura da ação de divórcio, para a cessação das relações patrimoniais dos cônjuges, seja necessária a “prova”, no processo de divórcio, da separação de facto dos cônjuges e do seu início.

Para o efeito, torna-se necessário que a separação de facto constitua um dos fundamentos do divórcio, ou seja, que tenha sido alegada, por via de ação ou de reconvenção, e que se faça a prova desse concreto fundamento do divórcio.

Resulta do exposto que outra alternativa não resta ao julgador que não seja a não homologação do acordo entre os cônjuges, tendente à datação consensual dos efeitos patrimoniais do divórcio.

II.4 –O pedido de fixação da data da separação para efeitos patrimoniais deve ser formulado nos articulados (petição inicial e contestação-reconvenção) ou pode sê-lo em momento ulterior, na pendência do processo de divórcio?

Não se encontrando expressamente previsto, no art. 1789º, nº 2 do CC, o momento processualmente adequado para a formulação do pedido de retroação dos efeitos patrimoniais do divórcio, levanta-se a questão de saber até que momento pode tal pedido ser formulado, na tramitação do processo e, nomeadamente, se pode ser formulado depois da fase dos articulados.

A única baliza processual prevista nesse preceito legal é a sentença, na qual o julgador fixará a data dos efeitos patrimoniais do divórcio, se tiver sido requerida e resultar provada.

Não tendo o julgador de fixar, na sentença que decreta o divórcio, a data do início da separação de facto, se as partes nada tiverem requerido nos termos do art. 1789º, nº 2 do CC, daí resulta que o requerimento da retroação dos efeitos do divórcio, a que alude esse preceito legal, tem de ser formulado, no processo de divórcio, antes da prolação da respetiva sentença, ficando precluída a possibilidade do exercício desse direito com o encerramento da discussão em primeira instância.

Assim, embora o art. 1789º, nº 2 do CC não estabeleça o tempo para a formulação do pedido previsto nesse preceito legal, dele resulta, porém, o termo do prazo para a apresentação do requerimento em causa, correspondendo tal prazo a toda a duração do processo até ao encerramento da discussão em primeira instância, na medida em que, apenas se tal pedido tiver lugar até esse momento, poderá ser fixado na sentença o início da separação de facto para efeitos patrimoniais.

Do atrás exposto resulta que o pedido de fixação da data da separação de facto para efeitos patrimoniais pode ser formulado na fase dos articulados, mormente, na petição inicial e na contestação-reconvenção, ou em requerimento autónomo, formulado por qualquer uma das partes, até ao encerramento da discussão em primeira instância¹¹.

No que se refere a esta última hipótese, cumpre salientar que a apresentação, após a fase dos articulados, de tal requerimento apenas será admissível se constituir fundamento do divórcio, por via da ação ou da reconvenção, o previsto no art. 1781º, al a) do CC.

Na verdade, se os fundamentos do divórcio, debatidos nos articulados, forem estranhos ao fundamento previsto neste último preceito legal, não poderá a parte requerente alegar novos factos, não anteriormente alegados na fase dos articulados,

¹¹ Vide, entre outros, ac. RL de 10.11.2015, proc. Nº 1128/14.5TBSXL.L1-7, <https://www.jurisprudencia.csm.org.pt/eccli/ECLI:PT:TRL:2015:1128.14.5TBSXL.L1.7.E4/pdf>, ac RC de 28.11.2018, proc. Nº 846/17.0T8FIG.C1, <https://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/>

tendentes a demonstrar o início da separação de facto, e requerer produção de prova relativamente a esse novo pedido, introduzindo, por essa via, na ação de divórcio, uma nova causa de pedir não anteriormente debatida na fase dos articulados, através de requerimento apresentado ao abrigo do disposto no art. 1789º, nº 2 do CC.

Assim, se os fundamentos do divórcio debatidos na fase dos articulados e que integram o objeto do processo não respeitarem à previsão do art. 1781º, al a) do CC, o requerimento posteriormente apresentado com a formulação do pedido previsto no art. 1789º, nº 2 do CC terá de ser indeferido. Não porque seja processualmente intempestivo, mas por não respeitar à concreta causa de pedir do divórcio em discussão.

Está, pois, em causa um pedido acessório ou instrumental¹², diretamente relacionado com o pedido principal de divórcio formulado e respetivo fundamento, apenas sendo admissível quando, no âmbito do processo de divórcio, esteja em discussão o fundamento previsto no art. 1781º, al a) do CC.

Mesmo que pelo réu não seja apresentada contestação com pedido reconvenicional, nos termos do art. 1789º, nº 2 do CC, nada obsta a que o réu, numa fase posterior do pleito, requeira autonomamente a fixação do início da separação de facto dos cônjuges para efeitos patrimoniais, aproveitando-se, para tal, do objeto da causa, tal como configurada pelo autor, desde que nela se inclua o fundamento do divórcio previsto no art. 1781º, al a) do CC.

Contudo, nessa hipótese, se o autor vier a desistir do pedido nos termos consentidos pelo art. 289º, nº 2 do Código de Processo Civil (adiante designado por **CPC**), tal inviabilizará a apreciação do pedido formulado pelo réu em requerimento ulterior à fase dos articulados, nos termos do art. 1789º, nº 2 do CC, por estar este último pedido dependente da apreciação do pedido principal de divórcio e dos respetivos fundamentos.

Assim sendo, nos casos em que o réu não deduza contestação-reconvenção, com pedido de fixação da data do início da separação, com fundamento no disposto nos arts. 1781º, al a), 1782º e 1789º, nº 2 do CC, mas deduza, em momento ulterior e em requerimento

¹² Vide, entre outros, ac RL de 10.11.2015, proc nº 1128/14.5tbsxl.L1-7, <https://www.jurisprudencia.csm.org.pt/>

autónomo, pedido com vista à fixação dos efeitos patrimoniais do divórcio, mediante aproveitamento dos factos alegados pela parte contrária nos termos do art. 1781º, al a) do CC, a sua pretensão apenas poderá ser apreciada se não se verificar desistência do pedido pelo autor, que venha a ser homologada, ou se for julgado procedente o pedido de divórcio formulado pela parte contrária.

Sendo homologada a desistência do pedido de divórcio ou sendo julgado improcedente o pedido de divórcio formulado pelo autor, o requerimento autónomo apresentado pelo réu (que não apresentou contestação-reconvenção) nos termos do art. 1789º, nº 2 do CC deixará de poder ser apreciado, por impossibilidade superveniente da lide, nos termos do art. 277º, al e) do CPC, como decorrência da não apreciação ou da improcedência do pedido principal de divórcio formulado pela parte contrária ao abrigo do disposto no art. 1781º, al a) do CC.

Por outro lado, também resulta do atrás exposto que, nos casos em que seja proposta ação de divórcio com um fundamento diverso do previsto no art. 1781º, al a) do CC, e o réu pretenda que seja fixada a data do início da separação de facto para efeitos patrimoniais, terá de alegar na contestação, por via reconvenicional, os factos relativos ao concreto fundamento do divórcio previsto naquele preceito legal, pedir que seja decretado o divórcio com esse fundamento e que seja, em decorrência do mesmo, fixada a data do início da separação de facto para efeitos patrimoniais, nos termos do art. 1789º, nº 2 do CC.

Se assim é em relação ao réu, também resulta do exposto que, sendo proposta a ação de divórcio por fundamento diverso do previsto no art. 1781º, al a) do CC e deduzida reconvenção a pedir que seja decretado o divórcio com fundamento no preceituado nesse dispositivo legal, também o autor poderá, até ao encerramento da audiência de discussão e julgamento, formular requerimento autónomo que, aproveitando os factos alegados pelo réu reconvinte, vise a fixação da data do início da separação de facto, tendo em vista a datação dos efeitos patrimoniais do divórcio.

Também nesta última hipótese, se o réu reconvinte vier a desistir do pedido de divórcio formulado por via da reconvenção, com o fundamento previsto no art. 1781º, al a)

do CC, como permite o art. 289º, nº 2 do CPC, ou vier a ser julgado improcedente o pedido reconvenicional de divórcio, o requerimento apresentado pelo autor, depois da fase dos articulados, nos termos do art. 1789º, nº 2 do CC deixará de poder ser apreciado, por impossibilidade superveniente, uma vez que, por via da ação não se encontra alegado o fundamento do divórcio previsto no art. 1781º, al a) do CC.

Sempre se dirá que, sendo alegado nos articulados o fundamento do divórcio previsto no art. 1781º, al a) do CC, a admissibilidade posterior da apresentação do requerimento previsto no art. 1789º, nº 1 do CC sempre decorreria da possibilidade de ampliação do pedido inicialmente formulado pela parte requerente, nos termos previstos no art. 265º, nº 2 do CPC, como mero desenvolvimento ou consequência do pedido primitivo de divórcio formulado pelo autor e/ou pelo reconvinte.

A atipicidade do regime processual atinente ao exercício da faculdade prevista no art. 1789º, nº 2 do CC redunda na possibilidade de dedução do pedido previsto nesse preceito legal, depois da fase dos articulados, por alguma das partes que não tenha pedido o divórcio com fundamento no art. 1781º, al a) do CC, mas que se aproveite, para o efeito, da alegação da parte contrária, que pediu o divórcio com fundamento na separação de facto por um ano consecutivo.

Assim sucede com a já mencionada hipótese de um réu que, não tendo contestado, venha requerer, no decurso do processo de divórcio, a fixação da data do início da separação de facto nos termos do art. 1789º, nº 2 do CC, com fundamento na factualidade alegada pelo autor na petição inicial, desde que esta seja enquadrável na previsão do art. 1781º, al a) do CC.

II.5 - O pedido de fixação da data da separação para efeitos patrimoniais pode ser formulado em incidente autónomo depois de proferida a sentença ou, posteriormente, no processo de inventário?

Esta questão suscita-se, por vezes, quando, tendo sido decretado o divórcio com o fundamento previsto no art. 1781º, al a) do CC e conste dos factos provados na sentença a

data do início da separação de facto, nenhuma das partes tenha, na pendência do processo de divórcio, formulado o pedido de retroação dos seus efeitos patrimoniais à data do início da separação de facto vindo, posteriormente, em requerimento autónomo subsequente à prolação da sentença ou, até já no âmbito do inventário para partilha do património comum do dissolvido casal, formular tal pedido.

Ora, quanto a esta questão, a jurisprudência maioritária, apoiando-se nas soluções doutrinárias sustentadas, entre outros, por Pires de Lima e Antunes Varela¹³ e por Pereira Coelho¹⁴, tem entendido que o requerimento da retroação dos efeitos do divórcio a que alude o nº 2 do art 1789º CC tem de ser formulado no processo de divórcio antes da prolação da respetiva sentença, ficando, desta forma, precluída a possibilidade do exercício desse direito após o encerramento da discussão em primeira instância¹⁵.

Não sendo exercida essa faculdade na ação de divórcio, até ao encerramento da audiência de discussão e julgamento, já não o poderá ser fora do campo do processo de divórcio, nem por via incidental na própria ação de divórcio, após prolação da sentença.

Quando não seja formulado tal pedido no âmbito da ação de divórcio e seja proferida sentença a decretar o divórcio, que é objeto de registo e, a partir daí, oponível a terceiros, o caso julgado formado tem por efeito imediato e direto o preceituado no art. 1789º, nº 1 do CC, nos termos do qual, quanto às relações patrimoniais dos cônjuges, os efeitos do divórcio retrotraem-se à data da propositura da ação de divórcio.

Ao admitir-se que, depois da sentença, pudesse ser suscitado um incidente visando a fixação dos efeitos patrimoniais do divórcio numa data anterior à da propositura da ação, tal solução afrontaria a estabilidade conferida pelo caso julgado da sentença entre os cônjuges e, após o seu registo, entre estes e os terceiros, propiciando que, sem qualquer limite temporal, qualquer um dos cônjuges pudesse contrariar o efeito previsto no art.

¹³ Pires de Lima e Antunes Varela, in Código Civil Anotado, vol IV, 2ª ed., p. 561

¹⁴ Pereira Coelho, Curso de Direito da Família, Coimbra Editora, 2º ed., p. 657.

¹⁵ Vide, entre outros, os ac. STJ de 16.03.2011, proc. 261-C/2001.L1.S1, <https://diariodarepublica.pt/dr/detalhe/acordao/c-2011-89756175>, ac. RP de 27.04.2017, proc. 1192/15.0T8PRD-A.P1, <https://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/>, ac RC de 28.11.2018, proc. 846/17.0T8FIG.C1, <https://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/>, ac. STJ de 11.04.2019, proc. 3185/12.0YXLSB-F.L1.S1, <https://juris.stj.pt/ecli/ECLI:PT:STJ:2019:3185.12.0YXLSB.F.L1.S1.9D?search=FXd8FAITElbGVk8hMIY>, _ac. STJ de 14.01.2020, proc. 848/08.8TBFAF-F.G2.S1, <https://juris.stj.pt/>

1789º, nº 1 do CC, diretamente decorrente do caso julgado formado em relação à sentença proferida, transitada em julgado e registada.

Assim, o pedido de retroação dos efeitos patrimoniais do divórcio, nos termos do art. 1789º, nº 2 do CC, deve ser apreciado na sentença com base na prova produzida na audiência de discussão e julgamento, não sendo passível, em qualquer circunstância, de produção de prova autónoma por via incidental depois de proferida a sentença a decretar o divórcio, quer nesse processo, quer no inventário subsequente.

Este entendimento contraria assim a possibilidade, sustentada por alguma jurisprudência, de formulação de tal pedido, depois de proferida a sentença e até à partilha, desde que a data do início da separação de facto conste do elenco dos factos provados na sentença¹⁶.

Para essa jurisprudência, que se perfila atualmente como minoritária, a fixação, depois da sentença que decreta o divórcio, da data do início da separação de facto para datação dos efeitos patrimoniais do divórcio, não violaria o caso julgado na medida em que tal data já constaria do elenco dos factos provados na sentença.

Ora, essa jurisprudência assenta no equívoco de que o caso julgado se forma sobre os factos provados na sentença de determinado processo quando é certo que o caso julgado é formado sobre a decisão contida na parte dispositiva da sentença (vide art. 619º, nº 1 do CPC), sem prejuízo do valor extraprocessual das provas, nos moldes previstos no art. 421º do Código de Processo Civil, e das situações especiais previstas nos arts. 623º e 624º do CPC.

A sentença constitui, assim, o marco intransponível a partir do qual os efeitos patrimoniais do divórcio, nos termos previstos no art. 1789º, nº 2 do CC, deixam de poder ser objeto de discussão, tratando-se, portanto, de uma questão a discutir entre os cônjuges até ao encerramento da audiência de discussão e julgamento no processo de divórcio e já não entre os ex-cônjuges em momento ulterior à sentença que decreta o divórcio,

¹⁶ Vide, entre outros, os ac. RG de 15.10.2013, proc. Nº 2073/11.1TBGMR.G1, in <https://jurisprudencia.pt/acordao/3269/pdf/> e RL de 19.11.2020, proc. 3316/18.6TBRR.L.1-2, in <https://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/f247842300abfbc28025866100379ffe>

esgotando-se nela o poder jurisdicional do julgador relativamente à questão dos efeitos patrimoniais do divórcio.

Na verdade, ou o julgador fixa, na sentença do divórcio, a data do início da separação de facto, nos termos do art. 1789º, nº 2 do CC, ou, quando nada tenha sido requerido pelas partes, no âmbito do processo de divórcio, nos termos desse preceito legal, os efeitos patrimoniais do divórcio retroagem *ope legis* ao momento da propositura da ação de divórcio, nos termos do art. 1789º, nº 1 do CC, em consequência do trânsito em julgado da sentença que decreta o divórcio, precludindo, com a prolação desta, a possibilidade de qualquer pedido ulterior com vista à fixação do início dos efeitos patrimoniais do divórcio.

II.6 – É possível fixar a data da separação para efeitos patrimoniais no processo de divórcio com o consentimento do outro cônjuge ou apenas no divórcio sem o consentimento do outro cônjuge?

É frequente, no âmbito do processo de divórcio com o consentimento do outro cônjuge, a formulação, por ambos os cônjuges, de um pedido visando a homologação de acordo relativo à data do início da separação de facto nos termos do art. 1789º, nº 2 do CC.

Como já se extrai da resposta dada às anteriores questões colocadas, não é legalmente admissível a homologação, pelo juiz ou pelo Conservador do Registo Civil, de tal pedido.

Na verdade, embora seja possível decretar o divórcio com o consentimento do outro cônjuge, através da exteriorização de uma manifestação de vontade inequívoca, por banda de ambos os cônjuges, no sentido da cessação da relação conjugal, não é permitido ao decisor, por via da homologação de mero acordo dos cônjuges, considerar provados os concretos fundamentos do divórcio e, mormente, o previsto no art. 1781º, al a) do CC, do qual depende a procedência do pedido previsto no art. 1789º, nº 2 do CC.

Ora, quando ambos os cônjuges queiram e requeiram a extinção da relação conjugal por divórcio, não há discussão quanto aos fundamentos do divórcio, o qual é

decretado depois de resolvidas as questões do divórcio, sem prévia averiguação dos fundamentos deste.

Assim, no caso de ambos os cônjuges pretenderem e requererem o divórcio, desta forma evidenciando e manifestando a irreversibilidade da rutura conjugal, o processo de divórcio apenas pode prosseguir quando não se verifique acordo acerca das questões do divórcio previstas no art. 1775º do CC, ou quando os acordos alcançados não acautelarem devidamente os interesses dos cônjuges e/ou dos filhos menores, e apenas para resolução destas, nos casos e termos previstos nos arts. 1776ºA, nº 4, 1778º e 1778º-A, todos do CC.

Deixando de ser objeto de discussão, nessa hipótese, os fundamentos do divórcio consagrados no art. 1781º do CC e servindo para a densificação do conceito de separação de facto previsto no art. 1789º, nº 2 do CC o mesmo conceito fornecido pelo art. 1782º do CC, diretamente relacionado com o fundamento do divórcio previsto no art. 1781º, al a) do CC, não é permitido ao juiz, por via da homologação do acordo quanto à fixação dos efeitos patrimoniais do divórcio, dar como assente a data do início da separação de facto consensualmente indicada pelas partes, por não ter sido objeto de prova na causa, por estar subtraída à livre disponibilidade das partes e por não se referir a nenhuma das questões do divórcio que devem ficar resolvidas nessa modalidade de divórcio.

Nesse sentido, é sustentado por António José Fialho que “*caso algum dos cônjuges pretenda que os efeitos do divórcio retroajam à data da separação (artigo 1789.º, n.º 2 do Código Civil), por se tratar de direitos indisponíveis - e, consequentemente, insuscetíveis de acordo ou de confissão - não será possível aos cônjuges convolar o processo para divórcio por mútuo consentimento, ainda que estejam ambos de acordo em divorciar-se, devendo o processo prosseguir para julgamento (neste sentido, embora proferido no âmbito da legislação anterior mas conservando a atualidade, Ac. STJ de 16/03/2011 in CJ-STJ, I, pg. 138)*”¹⁷.

Assim, e como é afirmado, a título exemplificativo, no ac. do Tribunal da Relação

¹⁷ António José Fialho, in Guia Prático do Divórcio e das Responsabilidades Parentais, publicação do Centro de Estudos Judiciários, p. 16, nota 9, https://cej.justica.gov.pt/LinkClick.aspx?fileticket=H6EKEB_cuVo%3D&portalid=30

do Porto, de 09.01.2017¹⁸, a prova do início da separação de facto entre os cônjuges nos termos previstos no nº 2, do artigo 1789º do Código Civil “*apenas é possível em processo de divórcio sem consentimento do outro cônjuge e em que a separação de facto haja constituído causa de pedir da ação ou da reconvenção.*”

(...) a separação de facto só se prova num processo de divórcio sem consentimento do outro cônjuge, constituindo um dos fundamentos legais dessa modalidade de divórcio (veja-se a alínea a), do artigo 1781º do Código Civil), definindo a lei civil o que constitui separação de facto para efeitos de divórcio sem o consentimento do outro cônjuge (artigo 1782º do Código Civil). No processo de divórcio por mútuo consentimento não há lugar à produção de qualquer prova, nem esse processo tão-pouco assenta em qualquer fundamento legal que lhe sirva de causa de pedir, nomeadamente na separação de facto dos cônjuges, bastando, para poder ser decretado, que se reúnam as condições previstas no artigo 1775º do Código Civil e, especialmente, a vontade das partes em porem termo ao casamento, sem revelação das causas, das razões subjacentes a essa vontade comum. O acordo dos cônjuges quanto a certos factos é inoperante em sede de divórcio (artigo 568º, alínea c), do Código de Processo Civil), só sendo legalmente admitida a disposição da relação matrimonial nos estritos termos legais previstos (vejam-se o artigo 1775º do Código Civil e o artigo 289º, nº 2, do Código de Processo Civil)”.

Argumenta-se, contra tal entendimento, que a prova do início da separação de facto, para efeitos do disposto no art. 1789º, nº 2 do CC, poderia ser efetuada também no âmbito do divórcio com o consentimento do outro cônjuge, nos mesmos termos previstos para a resolução das questões do divórcio que ofereçam controvérsia entre as partes, ou seja, de acordo com o disposto nos arts. 1776º-A, nº 4, 1778º e 1778º-A, todos do CC.

Sucedem que, para além de não constar do elenco das questões do divórcio a resolver pelo juiz nessa modalidade de divórcio, verifica-se que a apreciação de tal questão no âmbito do divórcio com o consentimento do outro cônjuge contraria um dos escopos visados com essa modalidade do divórcio, que consiste na não exposição dos fundamentos do divórcio dos cônjuges que nele acordem, reconhecendo ambos como

¹⁸ ac. RP de 09.01.2017proc 569/09.4T6AVR-A.P1, in <https://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/>,

irremediavelmente comprometida a possibilidade de vida em comum, independentemente das suas causas.

Ora, prendendo-se a faculdade prevista no art. 1789º, nº 2 do CC com o fundamento do divórcio consagrado no art. 1781º, al a) do CC, a eventual tramitação de um incidente tendente à fixação dos efeitos patrimoniais do divórcio nos termos previstos no art. 1789º, nº 2 do CC, nessa modalidade de divórcio, implicaria necessariamente a discussão daquele fundamento do divórcio, contrariando desta forma um dos escopos visados com a consagração legislativa do divórcio por mútuo consentimento.

Sempre se dirá que, a admitir-se tal incidente, o mesmo apenas poderia ser tramitado no tribunal e já não na Conservatória do Registo Civil (cuja competência para a tramitação de tal incidente não se encontra legalmente estabelecida), sendo certo que, sendo apresentado o pedido de divórcio com o consentimento do outro cônjuge na Conservatória do Registo Civil, apenas se encontra legalmente prevista a remessa do processo a juízo quando não haja, ou não possa ser homologado, acordo quanto a alguma questão do divórcio, de entre as previstas no art. 1775º do CC, que não inclui a fixação do início da separação de facto para os efeitos previstos no art. 1789º, nº 2 do CC.

Assim sendo, não estando atribuída ao Conservador competência para conhecer, tramitar e produzir prova no âmbito de um eventual incidente tendente à fixação da data do início da separação, nos termos do art. 1789º, nº 2 do CC, tal pedido apenas poderia vir a ser apreciado e conhecido em juízo se, relativamente a alguma das questões do divórcio, não se verificasse acordo passível de homologação e o Conservador remetesse, com este último fundamento, o processo para o Tribunal com vista à resolução das questões do divórcio controvertidas.

A apreciação de tal pedido, pelo tribunal, ficaria dessa forma dependente da falta de acordo, passível de homologação, relativamente a alguma das questões previstas no art. 1775º do CC, redundando num tratamento discriminatório dos cônjuges que apresentem, na Conservatória do Registo Civil, acordos válidos, passíveis de homologação, relativamente a todas as questões do divórcio previstas no art. 1775º do CC.

Resulta do exposto que apenas é possível a prova e fixação da data do início da

separação de facto, para os efeitos previstos no art. 1789º, nº 2 do CC, no âmbito do divórcio sem o consentimento do outro cônjuge, em que se alegue, discuta e prove o fundamento do divórcio previsto no art. 1781º, al a) do CC, e já não no âmbito do divórcio por mútuo consentimento¹⁹.

II.7 – Se a separação de facto se iniciar na pendência da ação de divórcio, qual é a data da separação para efeitos patrimoniais?

Quando o fundamento do pedido de divórcio não seja o previsto no art. 1781º, al a) do CC ou não se prove esse concreto fundamento do divórcio, mas outro que também demonstre a rutura definitiva da relação conjugal, e fique provado que a separação de facto apenas se iniciou na pendência do processo de divórcio, pode suscitar-se a questão de saber se é possível ao julgador fixar a data do início da separação de facto, para efeitos patrimoniais, ao abrigo do disposto no art. 1789º, nº 2 do CC, em data posterior à prevista no nº 1 desse preceito legal, ou seja, em data posterior à da propositura da ação de divórcio.

A resposta a tal questão não poderá deixar de ser negativa à luz das razões que determinaram a consagração legislativa da regra geral da retroação dos efeitos patrimoniais do divórcio à data da propositura da ação de divórcio, extraíndo-se das mesmas que o momento do início da separação de facto, nos termos do art. 1789º, nº 2 do CC, apenas poderá ter relevância se ocorrer em momento anterior ao da propositura da ação de divórcio.

Na verdade, e como já acima realçado, *“pretende-se que, formalizado o litígio entre os cônjuges, pela propositura da ação, nenhum deles seja prejudicado por atos de insensatez, prodigalidade ou pura vingança, praticados pelo outro, desde a proposição da ação, sobre valores do património comum (vide, v.g., Pires de Lima e Antunes Varela, Código Civil Anotado, volume IV, 2ª edição, 1992, Coimbra Editora, pág. 561). Podendo também ponderar-se que “proposta uma ação de divórcio por um cônjuge contra outro, a situação criada faz terminar quaisquer relações e, mesmo, quaisquer expectativas de ordem*

¹⁹ Vide, entre outros, ac. RL de 15.10.2015, proc. 1760/14.7TMSLB-C.L1-8, <https://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/>

patrimonial, de sorte a não se justificar mais, se a ação proceder, que qualquer dos cônjuges venha a beneficiar ou ser prejudicado pelo aumento ou pela diminuição do património, determinado em razão do outro” (acórdão da Relação de Coimbra, 17.4.1990, Coletânea de Jurisprudência, ano XV, tomo II, pág. 65)²⁰.

Com a previsão do nº 2 do art. 1789º do CC, na atual redação, pretendeu o legislador que qualquer dos cônjuges pudesse beneficiar da retroação dos efeitos patrimoniais do divórcio, nas relações entre os cônjuges, a data anterior à da propositura da ação de divórcio se, antes desta última, tiver ocorrido o início da separação de facto (no pressuposto de que a mesma constitua fundamento do divórcio, nos termos previstos no art. 1781º, al a) do CC).

Fruto da eliminação da culpa na indagação das causas do divórcio, com a atual redação do art. 1789º, nº 2 do CC, deixou de ser visada, como outrora sucedia, apenas a proteção dos interesses do cônjuge inocente ou menos culpado pelo divórcio contra eventuais dilapidações e abusos cometidos pelo cônjuge culpado ou predominantemente culpado contra o património comum, a partir da cessação da coabitação e enquanto não fosse decretado o divórcio, para passar a proteger os interesses patrimoniais de qualquer um dos cônjuges a partir do momento em que se inicia a separação de facto decorrente do falhanço da vida conjugal.

Ora, sendo visada, através da previsão do art. 1789º, nº 2 do CC, a tutela do património comum contra atos levados a cabo por qualquer um dos cônjuges a partir do momento em que deixa de existir comunhão de vida e pelo menos um deles não pretende manter-se casado, tal momento terá de ser sempre anterior ao da propositura da ação de divórcio, na medida em que a entrada do litígio em juízo é, pelo legislador, considerada sempre potenciadora da prática de atos prejudiciais levados a cabo, em relação ao património comum do casal, por qualquer um dos cônjuges, à luz do regime previsto no nº 1 desse preceito legal, beneficiando ambos os cônjuges da tutela aí prevista, sempre que não se prove data anterior relativamente ao início da separação de facto.

²⁰ Vide ac. RL de 17.12.2015, proc. 425/13.1TMLSBL1-2, in <https://diariodarepublica.pt/dr/detalhe/acordao/2-2015-99283075>

Impõe-se desta forma concluir que, no caso de não se provar o início da separação de facto ou de se provar que o início da separação de facto ocorreu em data posterior à da propositura da ação de divórcio, mormente quando os fundamentos do divórcio sejam diversos do previsto no art. 1781º, al a) do CC, os efeitos patrimónios do divórcio, entre os cônjuges, não deixarão de retroagir à data da propositura da ação de divórcio, nos termos previstos no art. 1789º, nº 1 do CC.

III – Considerações finais

Ao banir o conceito de culpa na apreciação dos fundamentos do divórcio, o atual figurino do divórcio também veio igualar os cônjuges quanto a possibilidade de, independentemente das causas do divórcio, extrair da extinção do casamento por divórcio as mesmas tutela e consequências patrimoniais, ao permitir que qualquer um deles possa beneficiar, nas relações entre os cônjuges, da retroação dos efeitos patrimoniais do divórcio a data anterior à da propositura da ação de divórcio.

Contudo, o exercício desse direito por qualquer um dos cônjuges, nos termos do art. 1789º, nº 2 do CC, está sujeito a requisitos apertados em termos processuais e substantivos, pois que, estando subtraído à livre disponibilidade das partes e não sendo, por isso, passível de acordo ou de confissão, pressupõe a alegação e prova do fundamento do divórcio previsto no art. 1781º, al a) do CC, bem como a formulação do pedido de retroação, por qualquer uma das partes, até ao encerramento da audiência de discussão e julgamento no processo de divórcio sem o consentimento do outro cônjuge, sob pena de preclusão.

Encerrada a audiência de discussão e julgamento no processo de divórcio, o início dos efeitos patrimoniais do divórcio, nas relações entre os cônjuges, deixará de poder ser objeto de discussão, não sendo admissível, como tão frequentemente sucede, a dedução do incidente tendente à fixação dos efeitos patrimoniais do divórcio, mediante invocação do preceituado no art. 1789º, nº 2 do CC, depois de proferida a sentença do divórcio e no âmbito de outros processos, mormente, de ações de processo comum com essa finalidade e dos inventários instaurados com vista à partilha do património comum

do dissolvido casal anteriormente constituído pelos ex-cônjuges.