

SOBRE A ATRIBUIÇÃO JUDICIAL PROVISÓRIA DO DIREITO DE UTILIZAR A CASA DE MORADA DA FAMÍLIA

NUNO DE SALTER CID

Resumo^{****}: no âmbito do processo de divórcio ou de separação de pessoas e bens sem consentimento de um dos cônjuges, a norma contida no n.º 7 do artigo 931.º do Código de Processo Civil (doravante, CPC) permite suscitar incidente(s) destinado(s) a fixar judicialmente regimes provisórios quanto a alimentos, quanto à regulação das responsabilidades parentais e/ou quanto à utilização da casa de morada da família. A interpretação e aplicação desta norma, concisa e lacunar, e a sua articulação com outras normas e princípios têm suscitado problemas e divergências persistentes. Uma dizem respeito à natureza e à tramitação do incidente, outras referem-se à duração dos regimes provisórios mencionados e outras, no que à casa concerne, quando esta é bem próprio de um dos cônjuges, é bem comum destes ou pertence a ambos em compropriedade, são relativas a questões de natureza patrimonial. Este estudo aponta o enquadramento e antecedentes da norma em apreço, o seu sentido e alcance aparentes, os seus defeitos e, bem assim, problemas e divergências que se têm verificado quanto à matéria referida no título. Faz perguntas e procura dar respostas.

Palavras-chave: divórcio; casa de morada da família; atribuição judicial provisória; interpretação e aplicação do artigo 931.º, n.º 7, CPC; dissensões; questões patrimoniais.

* A 3 de Dezembro de 1994 conheci pessoalmente o Senhor Professor Doutor Guilherme de Oliveira, então vogal do júri perante o qual, na Universidade de Évora, prestei prova de capacidade científica relativa à dissertação que elaborara sobre protecção da casa de morada da família. No dia seguinte foi arguente da prova de aptidão pedagógica que também prestei, esta dedicada ao tema das uniões de facto, e a respeito da qual, com a sua proverbial elegância no trato, teceu críticas duras e justas. Algum tempo depois dar-me-ia a honra de escrever com ele dois estudos e mais tarde aceitaria orientar-me com vista ao doutoramento, o que fez com disponibilidade permanente, paciência enorme e conselhos sábios. Foi também membro do júri desta prova. Entretanto ficara a dever-lhe a oportunidade de ser membro do Centro de Direito da Família da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Centro que fundou e a cuja Direcção preside desde 1997, sempre com o espírito dinâmico e aberto que o caracteriza e ao qual o estudo do Direito da Família e de matérias conexas muito deve. Fiquei depois a dever-lhe, desde cedo e tempo fora, a oportunidade de participar em diversas iniciativas científicas e académicas. E tudo isto apesar dos pontos de vista diferentes que desde o início tivemos quanto ao que, relativamente a certas matérias, deveria ser o Direito da Família, pois é qualidade grande do Doutor Guilherme de Oliveira, entre muitas que tem, a de respeitar verdadeiramente opiniões não coincidentes nem convergentes com as suas, dispondo-se a acolher os outros sem preconceito e pedindo-lhes unicamente o que afinal exige a si mesmo: fundamentação bastante. O Doutor Guilherme de Oliveira dá-me a honra e o gosto de conversas longas; e nunca deixou de me dar conselhos importantes. Tem-me incentivado reiteradamente a escrever de novo um livro sobre a casa de morada da família, o que ainda não consegui fazer. A título de reconhecimento pelo muito que lhe devo e não posso retribuir, dedico-lhe este estudo. Como penso ser mais do seu agrado, tem sobretudo o intuito de contribuir para a justa composição de litígios.

** Este estudo insere-se no âmbito do projecto UID/CPO/00758/2019 do CIGP, financiado por fundos nacionais através da FCT — Fundação para a Ciência e a Tecnologia, I.P.

*** O texto observa a ortografia anterior ao Acordo Ortográfico da Língua Portuguesa de 1990.

1. A NORMA DO N.º 7 DO ARTIGO 931.º CPC: ENQUADRAMENTO E ANTECEDENTES

O artigo em apreço, com a epígrafe «Tentativa de conciliação», está inserido no Título VII do Livro V do CPC vigente. O Título, com dois artigos apenas, trata «Do divórcio e separação sem consentimento do outro cônjuge», um «Dos processos especiais» previstos e regulados naquele Livro.

Simplificando, poder-se-ia dizer que o citado art. 931.º contém a regulação adjectiva especial a observar nos processos aludidos no Título em que está inserido. Dir-se-ia que dá expressão processual ao hoje disposto nos arts. 1773.º, n.º 3, e 1779.º CC, aplicáveis à separação judicial de pessoas e bens (*ex vi* art. 1794.º Código Civil, doravante CC), sobretudo ao disposto no art. 1779.º CC, segundo o qual: «no processo de divórcio sem consentimento de um dos cônjuges haverá sempre uma tentativa de conciliação dos cônjuges» (n.º 1); se esta tentativa falhar, «o juiz procurará obter o acordo dos cônjuges para o divórcio por mútuo consentimento», acordo cuja verificação, então ou mesmo em fase ulterior do processo, terá por consequência seguirem-se, «com as necessárias adaptações»¹, «os termos do processo de divórcio por mútuo consentimento» (n.º 2). Nesta linha de raciocínio, a título complementar, mas *grosso modo* ainda, restaria talvez dizer que o art. 931.º CPC contém hoje tudo quanto de específico, sob o ponto de vista processual, o legislador de 2013 quis ditar para o divórcio e para a separação de pessoas e bens em referência², pois o artigo seguinte, o 932.º, sob a desadequada epígrafe «Julgamento», limita-se a prescrever: «Decorrido o prazo para a apresentação da contestação, seguem-se os termos do processo comum».

Depois de aludir à apresentação da petição de divórcio ou de separação de pessoas e bens sem consentimento do outro cônjuge e à necessidade de se concluir que a acção está «em condições de prosseguir», o n.º 1 do art. 931.º CPC refere-se à designação do «dia para uma tentativa de conciliação» a que os cônjuges, autor e réu, devem comparecer «pessoalmente», podendo em certos casos fazer-se «representar por mandatário com poderes especiais,

¹ Sobre uma destas adaptações, quando a lei ainda previa a realização de duas conferências no âmbito do processo de divórcio por mútuo consentimento, cf. Guilherme Freire Falcão de OLIVEIRA, «Sobre a passagem de um divórcio litigioso para um divórcio por mútuo consentimento (art. 1774.º, n.º 2, do Código Civil)», in *RLJ*, Ano 130 (1997-1998), pp. 137-141, ou in *Id.*, *Temas de Direito da Família*, 2.ª ed., Centro de Direito da Família / Coimbra Editora, 2001, pp. 285-294. Com a reforma do divórcio operada pela Lei n.º 61/2008, de 31-10, o anteriormente disposto no art. 1774.º CC passou para o art. 1779.º CC, com alterações formais.

² Sem suprir as manifestamente insuficientes alterações que o art. 4.º da Lei n.º 61/2008 introduziu no CPC anterior. Sobre esta questão, com título sugestivo, quanto ao processo de divórcio sem consentimento de um dos cônjuges, ao divórcio por mútuo consentimento e à convalidação daquele neste, cf. Rita Lobo XAVIER, «Oportunidade perdida para a reforma dos processos judiciais de divórcio no Código de Processo Civil de 2013», in AA.VV., *Estudos dedicados ao Professor Doutor Bernardo da Gama Lobo Xavier*, Vol. III, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2015, pp. 373-398.

sob pena de multa». De acordo com o n.º 2 do mesmo artigo, se ambas as partes estiverem presentes [ou, obviamente, se estiverem devidamente representadas, caso o possam estar] e não for possível a sua conciliação nem resultar «a tentativa do juiz no sentido de obter o acordo dos cônjuges para o divórcio ou a separação por mútuo consentimento, o juiz procura obter o acordo» deles «quanto aos alimentos», «quanto à regulação do exercício das responsabilidades parentais dos filhos» e «quanto à utilização da casa de morada de família durante o período de pendência do processo, se for caso disso». O n.º 3 acrescenta que as partes também podem acordar no divórcio ou na separação por mútuo consentimento em fase ulterior do processo. E o n.º 7 permite ao juiz, «por iniciativa própria ou a requerimento de alguma das partes», «fixar um regime provisório quanto a alimentos, quanto à regulação do exercício das responsabilidades parentais dos filhos e quanto à utilização da casa de morada da família», podendo «para tanto» ordenar «a realização das diligências que considerar necessárias»³.

A chamada *Lei do divórcio* de 1910 dedicava os seus arts. 5.º-20.º ao que então podia designar-se processo especial de divórcio litigioso (quanto à separação de pessoas e bens litigiosa, cf. 43.º-49.º). Com o CPC de 1939 deixou de existir processo especial de divórcio litigioso (e de separação de pessoas e bens litigiosa), solução mantida de início no CPC de 1961⁴. Foi o DL n.º 605/76, de 24-07, que introduziu no CPC de 1961, no «Livro III — Do processo», «Título IV — Dos processos especiais», um novo «Capítulo XVII» intitulado «Do divórcio e separação litigiosos», com dois artigos novos dedicados à matéria (1407.º e 1408.º). O então novo art. 1407.º previa a tentativa de conciliação (n.º 1) e, gorada esta, a tentativa do juiz no sentido de obter o acordo dos cônjuges quanto a alimentos e quanto à regulação do então designado «poder paternal» (n.º 2), matérias a respeito das quais o juiz, *ex officio* ou a requerimento de qualquer das partes, poderia fixar um regime provisório, podendo para tanto ordenar as diligências que tivesse por necessárias. Não estabelecia que o juiz tentasse obter o acordo dos cônjuges para a via do mútuo consentimento, embora tal acordo pudesse ser alcançado pelas partes, tanto na diligência destinada a tentar conciliá-las como «em qualquer outra altura do processo», verificados os pressupostos necessários, e tão-pouco previa que o juiz pudesse fixar um regime provisório relativo à utilização da casa de morada da família durante a pendência do processo.

A Reforma de 1977 do CC, operada pelo DL n.º 496/77, de 25-11, instituiu quanto à casa de morada da família uma «protecção de carácter *global*

³ Os itálicos são meus. Para uma descrição pormenorizada dos trâmites normais a observar no processo em apreço, não apenas com referência aos arts. 931.º-932.º CPC, cf. *v.g.* Georgina COUTO, «O que mudou nos processos de divórcio e das responsabilidades parentais com o novo Código de Processo Civil — existiu alguma oportunidade perdida?», in *Julgat*, N.º 24 — 2014, pp. 30-41.

⁴ Cf. por todos Francisco Manuel Pereira COELHO, *Curso de Direito de Família — I Direito Matrimonial*, Coimbra, Atlântida Editora, 1965, pp. 502 ss. (e p. 422).

e integrado que não achara expressão no Código Civil de 1966»⁵. O art. 1774.º CC passou então a determinar que, não resultando a referida tentativa de conciliação, o juiz procuraria obter o acordo dos cônjuges para a via do mútuo consentimento, modalidade pela qual eles também poderiam optar «em qualquer altura do processo», passando os termos deste a ser os do relativo àquela via, com as necessárias adaptações (n.º 2). Não se considerou necessário fazer constar no CC o mais que de substantivo fora introduzido no então recente art. 1407.º CPC nem estabelecer naquele, entre o mais, que o juiz, na falta de conciliação dos cônjuges e na falta de acordo destes para conversão em mútuo consentimento, procurasse obter o acordo deles quanto à utilização da casa de morada da família na pendência do processo e, bem assim, que, *ex officio* ou a requerimento de qualquer das partes, pudesse fixar um regime provisório quanto a esta e às outras matérias mencionadas. Ao tempo a utilização da casa na pendência do processo de divórcio ou de separação de pessoas e bens deveria ser objecto de acordo entre os cônjuges, sim, mas acordo a celebrar com vista a seguir-se *ab initio* a modalidade do mútuo consentimento, que naturalmente exigia também acordo quanto ao destino da casa depois do divórcio ou da separação (art. 1775.º, n.ºs 2 e 3, e art. 1794.º CC, redacção de 1977).

Procurando harmonizar o CPC com as alterações profundas que a Reforma de 1977 introduzira no CC, o DL n.º 513-X/79, de 27-12, modificou diversas normas relativas ao processo de divórcio e de separação de pessoas e bens por mútuo consentimento, de entre as quais saliento esta: acrescentou ao art. 1419.º um n.º 2 com teor idêntico ao que hoje está contido no art. 1775.º, n.º 2, CC (desde 2008) e no art. 994.º, n.º 2, CPC (desde 2013), isto é, a determinação de que os acordos celebrados com vista ao divórcio ou à separação em causa «se destinam tanto ao período da pendência do processo como ao período posterior», salvo se «outra coisa» resultar «dos documentos apresentados». Todavia, nada alterou no tocante ao processo respeitante à modalidade litigiosa. No ano seguinte, porém, surgiu o DL n.º 207/80, de 01-07, em cujo Preâmbulo ficou escrito:

«Como as coisas se passam actualmente, na tentativa de conciliação a que se refere o artigo 1407.º do Código de Processo Civil, não está prevista a possibilidade de acordo das partes quanto à utilização da casa de morada de família (n.º 2). Por outro lado, o regime provisório figurado no n.º 7 desse artigo 1407.º é omissivo quanto a tal utilização. Ora, as circunstâncias poderão recomendar que se tome posição quanto a esse ponto. É um dado da experiência o relevo social da casa de morada de família, intensificado pela dificuldade que ainda hoje se verifica em encontrar habitação.»

⁵ Cf. Id., «Anotação» a Ac. STJ de 02/04/1987, in *RLJ*, Ano 122.º (1989-1990), p. 136.

Foi então dada nova redacção aos n.ºs 2 e 7 do art. 1407.º CPC 1961, aquela que mantiveram até tal artigo, com outros números entretanto modificados pelo DL n.º 329-A/95, de 12-12, ter sido substituído pelo citado art. 931.º CPC 2013, com adaptações meramente formais. Assim, não é incorrecto dizer que a jurisprudência e a doutrina relativas ao n.º 7, desde 1980 até hoje, dizem respeito à interpretação e aplicação da mesma norma.

É legítimo perguntar por que razão não foi em 1980 alterado o então art. 1774.º CC, norma que poderia ter incluído o que de substantivo passou ao tempo a estar previsto nos n.ºs 2 e 7 do art. 1407.º CPC 1961, deixando neste o que tinha cariz estritamente processual; ou, como seria porventura preferível, por que motivo não foi então introduzida no CC norma autónoma na qual se estabelecesse não apenas tal mas também o mais que de substantivo seria conveniente prever quanto ao «regime provisório» referido no citado n.º 7. Em 1980 o legislador não quis modificar o CC, tão pouco tempo antes profundamente alterado pela Reforma de 1977, nem quis depois aproveitar outras ocasiões para fazer uma coisa ou outra⁶, designadamente em 2008, quando a matéria tratada no art. 1774.º CC passou para o art. 1779.º CC

⁶ Nas *Actas das sessões da Comissão de Revisão do CPC* presidida pelo Professor Antunes Varela, a n.º 93, respeitante à sessão realizada a 17/03/1987, regista terem sido aprovadas por essa Comissão novas redacções para os arts. 1407.º e 1408.º do Código. Seria alterado o n.º 5 do art. 1407.º e a matéria regulada no n.º 7 deste (a eliminar) passaria a figurar no art. 1408.º, cujo teor então vigente desapareceria e que, sob epígrafe «*Providências provisórias*», determinaria: «1. Em qualquer altura do processo, e por apenso, o juiz, oficiosamente ou a requerimento de alguma das partes, pode fixar um regime provisório quanto à regulação do exercício do poder paternal dos filhos, quanto aos alimentos e quanto à utilização da casa de morada de família durante a pendência do processo»; «2. Na fixação do regime provisório quanto à regulação do exercício do poder paternal e quanto aos alimentos para os filhos menores observa-se o que a Organização Tutelar de Menores preceitua relativamente às decisões provisórias em matéria tutelar cível»; «3. Na fixação do regime provisório quanto aos alimentos para o cônjuge e quanto à utilização da casa de morada da família observa-se, com as necessárias adaptações, o disposto nos artigos 389.º a 392.º, mas o respectivo apenso não é considerado como um procedimento cautelar» (cf. *Actas...*, in *BMJ* N.º 420 — 1992, pp. 5 ss., *maxime* 13 s.). No *Anteprojecto* do CPC publicado em 1988 pelo Ministério da Justiça, a matéria respeitante ao «Título II — Do divórcio e separação litigiosos» do «Livro VII — Processos especiais» aparecia regulada nos arts. 811.º-813.º, em termos não totalmente coincidentes. Transcrevo apenas o texto do art. 813.º, que sob a epígrafe «*Providências provisórias*», visava estabelecer: «1. Em qualquer altura do processo pode o juiz, oficiosamente ou a requerimento de alguma das partes, fixar em apenso um regime provisório quanto à regulação do exercício do poder paternal dos filhos, quanto aos alimentos e quanto à utilização da casa de morada da família durante a pendência do processo»; «2. É aplicável à fixação do regime provisório quanto à regulação do exercício do poder paternal e quanto aos alimentos para os filhos menores o disposto na legislação de menores sobre as decisões provisórias em matéria tutelar cível». O *Anteprojecto* publicado em 1993 pelo Ministério da Justiça não contemplava qualquer processo especial para o divórcio e a separação litigiosos (cf. respectivo Livro VII, arts. 772.º ss.). Contudo, no Preâmbulo do DL n.º 329-A/95 ficou escrito: «Optou-se, finalmente, por não introduzir alterações ao processo de divórcio litigioso, apesar de se reconhecer que é, pelo menos, duvidosa, a necessidade de o instituir como verdadeiro processo especial.» (cf. Suplemento ao *DR* N.º 285/95, I-A Série, p. 7780-(24)). Não foi exactamente assim, pois foram então alterados os n.ºs 1, 5 e 6 do art. 1407.º e os n.ºs 2, 3 e 4 do art. 1408.º, mas nada cumpre aqui salientar quanto a estas alterações.

com adaptações formais, ficando por preencher, na subsecção onde este ficou inserido, o espaço de cinco artigos então revogados, um dos quais bem poderia ter passado a ocupar-se da matéria, preferencialmente em termos substantivos *relativamente* completos⁷. E no CPC a matéria poderia então ter sido objecto de norma autónoma menos lacunar. Tratar-se-ia de estabelecer uma relação semelhante àquela que tardou em existir entre o art. 84.º do Regime Arrendamento Urbano de 1990 (sucessor do art. 1110.º CC 1966, até 2006) e o art. 1793.º CC (redacção de 1977), ambos por um lado, no plano substantivo, e o art. 1413.º CPC 1961, com a redacção dada pelo DL n.º 329-A/95⁸, por outro lado; uma relação semelhante à que existe hoje entre os arts. 1105.º (redacção da Lei n.º 6/2006, de 27-02) e 1793.º, n.ºs 1 e 2, CC, no plano substantivo, e o art. 990.º CPC; ou semelhante à que existe entre o art. 1793.º, n.º 3, CC (redacção de 2008) e os arts. 986.º-988.º CPC⁹. Seja como for, estamos em 2019, e a jurisprudência revela desde há anos, sobretudo nos mais recentes, problemas e divergências de entendimento respeitantes à interpretação e aplicação do art. 931.º, n.º 7, CPC, designadamente quanto a questões patrimoniais inerentes à fixação judicial do regime provisório relativo à utilização da casa de morada da família na pendência do processo de divórcio (ou de separação de pessoas e bens) sem consentimento de um dos cônjuges, quando a casa pertence apenas a um destes, é bem comum deles ou pertence a ambos em compropriedade. É o tema que procurarei tratar mais adiante. Não são as únicas questões patrimoniais que podem ser colocadas a propósito da “atribuição provisória da casa”, mas são aquelas que a jurisprudência publicada tem evidenciado e às quais irei cingir-me.

Para aliviar o texto, farei normalmente apenas referência ao divórcio, utilizei e utilizarei expressões simplificadoras — como “atribuição provisória da casa” e “atribuição da casa” — e começarei por questões marcadamente prévias.

⁷ A Lei n.º 61/2008 revogou os anteriores arts. 1780.º, 1783.º, 1784.º, 1786.º e 1787.º CC (Subsecção III do Capítulo XII do Título II do Livro IV). Penso que deveria ter sido alterada a arrumação sistemática dos artigos que sobreviveram na referida Subsecção III, passando os actuais arts. 1781.º, 1782.º e 1785.º a ser os três primeiros, logo seguidos do actual art. 1779.º e de outro contendo o que parece fazer falta.

⁸ Relativamente à fase anterior ao art. 1413.º CPC 1961 (redacção de 1995), mas já com referência ao mesmo, tomo a liberdade de remeter para o meu livro sobre *A protecção da casa de morada da família no Direito português*, Coimbra, Almedina, 1996, pp. 105-106 e 346-358.

⁹ A remissão do n.º 3 do art. 1793.º CC para os «termos gerais da jurisdição voluntária» terá sido forma de aludir às disposições gerais hoje contidas nos arts. 986.º a 988.º CPC (arts. 1409.º a 1411.º CPC anterior), mas sem excluir que quanto ao mais se proceda, com as necessárias adaptações, como se em causa estivesse a fixação inicial do «regime» relativo à “atribuição da casa”. Contudo, tratando-se de rever o «regime fixado» na sequência da ruptura de união de facto, o pedido de alteração não terá de ser cumulado com o de declaração judicial da “desunião”, pois neste caso tal declaração foi oportunamente feita.

2. OBSERVAÇÕES PRELIMINARES

A meu ver, de processual, a norma do n.º 7 do art. 931.º CPC contém apenas a referência ao juiz «considerar conveniente» a fixação do regime provisório na pendência do processo e a determinação de que, «para tanto» — para o fixar ou para aferir se é conveniente fixá-lo —, «o juiz pode, previamente, ordenar a realização das diligências que considerar necessárias». O mais — a possibilidade de o juiz, em qualquer fase do processo, «por iniciativa própria ou a requerimento de alguma das partes», fixar «um regime provisório» quando às matérias referidas na disposição — tem natureza substantiva, por estar em causa a constituição de direitos e vinculações. O mais deveria, por isso, figurar no CC, em norma que, quanto à casa, também estabelecesse que os factores a ponderar para a “atribuição provisória” são os que devem nortear a fixação do seu *destino* depois do divórcio — como tem sido pacificamente entendido — e, bem assim, determinasse, com eventual flexibilidade, a que título ou com que implicações o juiz poderia atribuir provisoriamente o direito de utilização da casa. A menção «e se o considerar conveniente» é supérflua, por ser óbvio que o juiz não exercerá um poder conferido por lei se considerar inconveniente fazê-lo¹⁰. Terá sido inserida para dar ao incidente — a suscitar no âmbito de processo de jurisdição contenciosa — o tom de conveniência e oportunidade que é próprio dos processos de jurisdição voluntária (art. 987.º CPC 2013; art. 1410.º CPC anterior). O advérbio «previamente» é perfeitamente dispensável, pois se o juiz considera necessárias diligências «para tanto» não teria sentido ordená-las ulteriormente. A atribuição do poder de as ordenar *ex officio* não está a mais no preceito e visa decerto a aplicação ao incidente do princípio do inquisitório, prevalente nos processos de jurisdição voluntária (art. 986.º, n.º 2, CPC; art. 1409.º, n.º 2, CPC anterior)¹¹, entre os quais está incluído o respeitante à “atribuição da casa” (art. 990.º CPC; art. 1413.º CPC anterior).

¹⁰ Sem prejuízo do dever de fundamentar a decisão de não fixar regime provisório requerido. Noto isto porque a menção em apreço foi por vezes entendida como forma de dar ao juiz um poder puramente discricionário de fixar ou não fixar regime provisório requerido (cf. Ac. TRL de 05/04/1983, in *CJ*, Ano VIII, Tomo II, pp. 127-128) ou de até de «ordenar ou não quaisquer diligências» requeridas (cf. sumário de Ac. TRP de 03/11/1992 — 9230267). Em sentido diferente, a meu ver correcto, cf. Acs. TRL de 09/06/1994, in *CJ*, Ano XIX, Tomo III, p. 109-110, e de 28/03/2013 (963/09.OTMLSB. L1-6), este com voto de vencida. A insuficiência da prova oferecida, não suprida por iniciativa do juiz a despeito do estatuído nos arts. 6.º, n.º 1, e 411.º CPC (265.º, n.ºs 1 e 3, CPC anterior), também tem suscitado problemas. Sobre esta questão, cf. Ac. TRC de 19/10/2004, in *CJ*, Ano XXIX, Tomo I, pp. 34-36 (embora quanto a alimentos), e Acs. TRL de 09/06/2005 (1443/2005-6) e de 14/12/2006 (10408/2006-6), todos por um lado, e, por outro lado, a meu ver mais correcto, Ac. TRL de 31/01/2013 (2257/10.9TBVFX.L1-6), Ac. TRP de 01/07/2013 (3835/11.5TJVNF-B.P1) e, apesar se referir à fixação do *destino* da casa, Ac. TRC de 11/06/2019 (3607/17.3T8PBL-A.C1). Cf. também, *v.g.*, Sandra Cristina Martins Morgado MARQUES, *A transmissão da casa de morada da família*, Coimbra, 2014, p. 25, e Teresa Teixeira Sá LOPES, «A jurisdição voluntária e as normas processuais», in *Revista do CEJ*, 2017 — I, pp. 217-218.

¹¹ Sobre a noção de jurisdição voluntária e os princípios que caracterizam os processos submetidos à mesma, a propósito de outra matéria, cf. a exposição clara e sucinta de Rosa

De processual o preceito não contém — mas seria útil que contivesse — a indicação da natureza do incidente e/ou da tramitação a que deve submeter-se. E não há consenso quanto à matéria¹². O legislador terá porventura considerado bastantes os aludidos *tons* de jurisdição voluntária, que indirectamente remeteriam o intérprete para as regras gerais hoje estabelecidas nos arts. 986.º a 988.º CPC e nos arts. 292.º a 295.º CPC (cf. art. 986.º, n.º 1).

A fixação de regime provisório relativo à utilização da *casa de morada da família* pressupõe naturalmente, em primeiro lugar, a conclusão de que a casa existe, sob o ponto de vista jurídico. Dito de outro modo: exige a conclusão prévia de que *residência da família* (lugar), a residência habitual principal da família, foi fixada em habitação (bem material, normalmente imóvel) relativamente à qual pelo menos um dos cônjuges é titular de direito subjectivo que confere a faculdade de a utilizar para morada da família e que por isso adquiriu, e não perdeu ainda, a qualificação de *casa de morada da*

Andrea Simões Cândido MARTINS, «Processos de jurisdição voluntária. Acções de regulação do poder paternal. Audição do menor», in *BFDUC*, Vol. 77 (2001), pp. 721-752 (cf. 722-728). Para uma análise aprofundada dos «elementos distintivos e caracterizadores da jurisdição voluntária» em relação à contenciosa, sobre a aludida *prevalência* do princípio do inquisitório no âmbito daquela, sobre os poderes inquisitórios do juiz na jurisdição contenciosa e sobre os limites ao dito princípio na jurisdição voluntária, cf., por todos, António José FIALHO, *Conteúdo e limites do princípio inquisitório na jurisdição voluntária*, Lisboa, 2016, *maxime* pp. 6-10, 17-36 e 71-82 (consultei a versão em PDF disponível no *Repositório da Universidade Nova*; entretanto a dissertação foi publicada em livro com dois prefácios: Lisboa, 2017, Petrony Editora).

- ¹² Sobre a questão, cf. *v.g.*, Nuno de Lemos JORGE, «As providências especiais previstas no artigo 931.º, n.º 7, do Código de Processo Civil — natureza e procedimentos», in AA.VV. (Ana M.ª Carvalho Massena Carreiro, Org.), *Direito da Família — Vária*, Lisboa, Centro de Estudos Judiciários, 2018, pp. 39-54. Conclui que a qualificação «mais coerente com a função que desempenham no processo» é a de «procedimentos cautelares», apesar de não imperar quanto àquelas a necessidade do pedido nem ser de admitir, *v.g.*, a inversão do contencioso. Embora reconheça, quanto à casa, não ser «mobilizável para a aplicação da norma uma ideia estrita de *dano sério e irreparável*», do «*fundado receio de lesão grave e dificilmente reparável*» a um direito, e reconheça que o procedimento está formalmente previsto «como dependente do processo de divórcio sem consentimento de um dos cônjuges», nota as «consequências importantes» decorrentes do carácter urgente dos procedimentos cautelares e considera que a tutela provisória do direito encontra espaço «na necessidade de compatibilização imediata» dos «mesmos interesses» a apreciar no processo regulado no art. 990.º CPC, «em ordem a garantir a estabilidade familiar, a habitação condigna dos filhos e/ou assegurar uma solução de habitação viável ao cônjuge que dela careça, com uma imprescindível nota de *necessidade atual*». No *Blog* do Instituto Português de Processo Civil, em comentário a Ac. STJ de 13/10/2016 (135/12.7TBPBL-C.C-1-S1), cingindo-se à questão da qualificação da tutela provisória permitida pelo citado n.º 7, MTS (Miguel Teixeira de Sousa, presumo) discorda do entendimento (sustentado em vários acórdãos), porque: nenhum dos regimes provisórios em causa «se destina a acautelar o efeito útil de uma tutela definitiva», designadamente a da atribuição do destino da casa depois do divórcio; o critério de conveniência «nada tem em comum com o critério de decretamento das providências cautelares»; «o regime provisório destina-se a vigorar» somente na pendência do processo de divórcio, estando «excluída qualquer necessidade de confirmação da tutela provisória através de uma acção respeitante à tutela definitiva»; e «a aplicação da inversão do contencioso também está excluída» (cf. "<https://blogipcc.blogspot.com/2017/01/jurisprudencia-541.html?m=1>").

*família*¹³. Em segundo lugar, cumpre averiguar se a “atribuição provisória da casa” a um dos cônjuges é imperiosa ou vivamente aconselhável, considerando a necessidade mais premente desse cônjuge e/ou o interesse atendível dos filhos, sim, mas sem desprezar outros factos e circunstâncias que no caso mereçam ponderação. Na pendência do processo não é difícil existirem razões justificativas da fixação do regime provisório em apreço, mais não seja porque se aquele, sem eufemismo, nasceu litigioso, se os cônjuges não quiseram conciliar-se, não quiseram a convalidação para a via do mútuo consentimento e/ou nem sequer foi possível pô-los de acordo quanto à matéria¹⁴,

¹³ Pode dizer-se que uma habitação apenas obtém e mantém a qualificação de *casa de morada da família* «se for e enquanto for a *residência da família*» e que a separação de facto, a ruptura da comunhão de vida entre os cônjuges, não implica *per se* a perda da qualificação obtida. Para tanto, seria necessário o simultâneo ou subsequente acordo (expresso ou tácito) dos cônjuges no sentido de a casa deixar de ser a «morada da família». Cf. F. M. Pereira COELHO, «Anotação» a Ac. STJ de 10/05/1988, in *RLJ*, Ano 123.º, pp. 369-371, e o meu livro sobre *A protecção da casa de morada...*, *cit.*, pp. 54-55 e 153-154.

¹⁴ Pode duvidar-se do acerto de escrever «e/ou», face às remissões dos arts. 1779.º, n.º 2, *in fine*, CC e 931.º, n.º 4, CPC para os termos do processo de divórcio por mútuo consentimento (arts. 994.º ss. CPC), com as necessárias adaptações, a pressupor designadamente a existência de acordos para se operar a convalidação para a modalidade do mútuo consentimento (cf. art. 1775.º, n.º 1, b), c), d) e f), CC, com acrescimo em 2017 de um acordo ainda em falta na lista do art. 994.º, n.º 1, CPC). Todavia, são acordos que o art. 1778.º-A CC (redacção de 2008) afinal dispensa. De facto, atendendo a este artigo, parece impor-se a conclusão de que a falta de um ou mais acordos aparentemente exigíveis para a convalidação não deve afinal impedi-la, cumprindo em tal caso observar-se o previsto no art. 1778.º-A, n.ºs 3-6, CC. Neste sentido, cf. Tomé d'Almeida RAMIÃO, *O Divórcio e Questões Conexas — Regime Jurídico Atual*, 3.ª ed., Lisboa, Quid Juris, 2011, p. 81, António José FIALHO, «Comentário ao Acórdão da Relação de Évora de 10 de Novembro de 2010», in *LF*, Ano 7 — n.º 14, pp. 123 ss., *maxime* 131-133, Ac. TRP de 27/03/2014 (10731/10.1TBVNG.P2) e subsequente Ac. STJ de 13/11/2014 (10731/10.1TBVNG.P2.S1). No entanto, subsiste outra questão: havendo convalidação apesar da falta de acordo quanto às matérias referidas no n.ºs 2 e 7 do art. 931.º CPC (ou tratando-se *ab initio* de mútuo consentimento “impuro” — 1778.º-A CC), será possível observar o disposto no citado art. 931.º, n.º 7? O n.º 3 do art. 1778.º-A CC, ao referir-se à fixação das «consequências do divórcio (...) como se se tratasse de um divórcio sem consentimento de um dos cônjuges» (itálico meu), desfavorece entendimento no sentido de ser possível. Interpretando o art. 1778-A, n.º 3, CC, Almeida RAMIÃO, *ibid.*, pp. 60-61, sustentou que o legislador não quis remeter para o regime processual aplicável ao divórcio sem consentimento e afastar o regime processual aplicável ao divórcio por mútuo consentimento, por aquele ser incompatível com o instituído no art. 1778.º-A. Citando-o abundantemente, dele não discordando e referindo-se expressamente ao n.º 7 do art. 931.º CPC, cf. António José FIALHO, *Guia Prático do Divórcio e das Responsabilidades Parentais*, 2.ª ed., Lisboa, CEJ, 2013, pp. 19-20. Creio ser defensável a observância do disposto no citado n.º 7 (e neste apenas). Rita Lobo XAVIER, *Recentes alterações ao regime jurídico do divórcio e das responsabilidades parentais*, Coimbra, Edições Almedina, 2009, p. 21, e *Id.*, «Oportunidade perdida...», *cit.*, p. 377, notou que tal poderá/poderia ser conveniente «para obviar à incerteza e demora». É certo que o legislador não o previu; não creio, porém, que o tenha querido excluir, apesar de manifestamente não ter querido remeter para o regime processual do divórcio sem consentimento considerado no seu todo, o que nem teria sentido. Em favor da dita possibilidade, naturalmente quando as circunstâncias tal reclamem, caso não considere suficiente o disposto no art. 547.º CPC, poderia reconhecer-se a existência de lacuna a integrar (uma entre muitas), senão com recurso à aplicação analógica (por a norma do dito n.º 7 ser excepcional e por interpretação *ainda* rígida do art. 11.º CC), pelo menos ao abrigo do art. 9.º, n.º 3, CC, pois dificilmente se dirá que o «espírito do sistema» (embora confuso) enjeita de todo a referida possibilidade. Quanto ao art. 11.º CC, sobre a rigidez a postergar,

carente de regulação, esta não deve manter-se indefinida durante aquela pendência, muitas vezes prolongada, com os inconvenientes inerentes¹⁵. Quanto à prestação de alimentos ao cônjuge que destes necessite e não os veja voluntariamente prestados pelo outro, que lhos possa e deva prestar (arts. 2004.º, n.º 1, 2015.º e 1675.º CC), há procedimento alternativo (art. 2007.º CC e arts. 384.º ss. CPC); e o mesmo se diga quando se imponha regular, mesmo a título provisório, o exercício das responsabilidades parentais (arts. 3.º, c), 11.º, n.º 3, 28.º e 38.º ss. do RGPTC, aprovado pela Lei n.º 141/2015, de 08-09). Quanto à “atribuição *provisória* da casa”, porém, não me parece que possa ser decidida fora do âmbito de processo de divórcio pendente, mediante providência cautelar¹⁶. De todo o modo, parece manifesta a conveniência de reconhecer a normal interdependência entre as matérias em causa — como reconhecem, designadamente, os arts. 1775.º, n.º 1, 1776.º, n.º 1, 1776.º-A, n.º 1, 1778.º e 1778.º-A, n.ºs 1 a 3, CC — e a inerente conveniência de ponderar o que no caso for, ou tiver sido, necessário fixar quanto às mesmas.

A fixação do regime provisório respeitante à utilização da casa de morada da família, que raras vezes partirá da iniciativa do juiz¹⁷, não dispensa a prova

com as citações pertinentes, cf. Catarina de Oliveira CARVALHO, in AA.VV. (Luís Carvalho Fernandes e José Brandão Proença, Coords.), *Comentário ao Código Civil: parte geral*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2014, pp. 56-57.

¹⁵ Em situações assaz preocupantes, como a de violência doméstica ou de risco sério desta, pode parecer dispensável a fixação do regime provisório em causa, pois a prevenção daquela violência, ou fortes indícios da prática de outro crime doloso grave, podem determinar a aplicação ao arguido de medida de coacção que consista no (ou imponha o) seu afastamento da residência da família (arts. 31.º, n.º 1, c), e n.º 2 da Lei n.º 112/2009, de 16-09, e 200.º, n.º 1, a), CPP), afastamento que pode aliás resultar da efectiva condenação pelo crime de violência doméstica, como pena acessória (art. 152.º, n.º 5, CP), ou ser condição de suspensão da execução da pena por este crime (art. 34.º-B, n.º 1, da Lei n.º 112/2009). Ora, sendo certo, como é, que uma habitação apenas obtém e mantém a qualificação de *casa de morada da família* «se for e enquanto for a *residência da família*» (Pereira COELHO, «Anotação» a Ac. STJ de 10/05/1988, *cit.*, p. 370), a imposição a um dos cônjuges do referido afastamento implicará, no fundo, *enquanto durar*, a atribuição *indirecta* ao outro cônjuge do direito de utilizar a casa com exclusão do arguido ou condenado. Contudo, a duração da medida de coacção ou da pena acessória poderá ser inferior à da pendência do processo de divórcio, não sendo afinal dispensável a fixação do dito regime provisório.

¹⁶ Sobre esta questão, a respeito da qual não há consenso — e não me refiro agora, obviamente, seja à dissensão quanto à qualificação do incidente previsto no art. 931.º, n.º 7, CPC (cf. nota 12 *supra*), seja à tutela do direito de residir na casa de morada da família —, não sendo possível tratá-la aqui, limito-me a sugerir a consulta do Ac. TRL de 18/04/1996, in *CJ*, Ano XI, Tomo II, pp. 99 s., do subsequente Ac. STJ de 08/04/1997, in *BMJ* N.º 466, pp. 435-440, e do Ac. TRP de 02/07/1998 (9830800), todos por um lado, e dos Acs. TRL de 14/12/1993 (0066861) e de 08/02/2001, in *CJ*, Ano XXVI, Tomo I, pp. 115-117, ambos por outro lado. Cf. também Ac. TRE de 31/10/2002, in *CJ*, Ano XXVII, Tomo IV, pp. 244-245.

¹⁷ Não encontrei referência a qualquer caso em que tal tenha ocorrido. De resto, que justificação e eficácia prática teria a fixação de regime provisório não pretendido por qualquer das partes? Porém, se um dos cônjuges, na pendência do processo, pediu a “atribuição da casa” (art. 990.º CPC), parece que o juiz, em face da prova produzida no âmbito do apenso e/ou do resultado de diligências cuja realização tenha ordenado, pode «considerar conveniente» fixar um regime provisório quanto à utilização da casa. Neste sentido, Ac. TRL de 16/05/2008 (4224/2008-8). E cf. Ac. TRL de 28/03/2013 (963/09.OTMLSB.L1-6). Lemos JORGE, «As pro-

dos factos e das circunstâncias que tornam possível e justificável fixá-lo; nem pode prescindir, nomeadamente, da observância de princípios processuais fundamentais, entre os quais se inclui o do contraditório¹⁸.

O n.º 7 do art. 931.º CPC permite que, «em qualquer altura do processo», mediante requerimento ou *ex officio*, seja fixado um regime provisório de utilização da casa de morada da família; não estatui *expressamente* que este regime caduca quando ocorra o trânsito em julgado da decisão que põe termo ao processo. Pelo contrário, o n.º 2 do mesmo artigo refere-se *expressamente* à tentativa do juiz no sentido de obter acordo dos cônjuges quanto à utilização da casa «durante o período de pendência do processo»¹⁹. Creio, no entanto, que aquele regime provisório caduca findo o processo, salvo se, entretanto, foi pedida e está pendente a “atribuição da casa” (art. 990.º CPC)²⁰.

vidências especiais...», *cit.*, p. 45, com referência ao art. 931.º, n.º 7, CPC, afirmou: «Quanto às decisões provisórias relativas aos alimentos e à casa de morada de família, a intervenção *oficiosa* do juiz será de verificação mais rara. À falta de impulso dos interessados o processo não revelará, as mais das vezes, nestes casos, um interesse definido com suficiente densidade para que o tribunal possa — ou mesmo deva — suprir a falta do pedido. Não obstante, podem imaginar-se hipóteses em que o *interesse dos filhos* ou a *especial vulnerabilidade* dos sujeitos aconselhe uma decisão *ex officio*. Neste último caso, a debilidade deve ser manifesta e revelada por elementos objetivos (sem prejuízo do exercício dos poderes inquisitórios do juiz), manifestando-se uma especial carência de tutela do direito».

¹⁸ Como sustentou *Id.*, *ibid.*, p. 39, com referência à mesma disposição, «A decisão *provisória* será o culminar de um certo procedimento, a que a norma faz escassa referência (...). No entanto, este procedimento deve ser moldado em obediência a alguns princípios imprescindíveis, pois nenhuma decisão pode sobrevir no processo sem respeito pelo contraditório, pela igualdade das partes ou pelo direito à prova, por exemplo — enfim, pela ideia de *processo equitativo* (artigo 20.º, n.º 4, da Constituição da República Portuguesa)». No texto salientei o princípio do contraditório (cf. art. 3.º, *maxime* n.º 3, CPC), estreitamente associado ao da igualdade das partes (art. 4.º CPC), porque há entendimentos diferentes quanto à matéria: cf. sumários de Acs. TRL de 28/01/1992 (0050901) e de 19/03/1992 (0041366) e cf. Ac. TRC de 22/11/2000, in *CJ*, Ano XXV, Tomo V, pp. 23-24. Quanto à questão da prova e eventual da insuficiência desta, cf. *supra* nota 10.

¹⁹ O que não deve ser entendido como impedimento à realização de acordo sobre o *destino* da casa. Neste sentido, cf. Miguel Teixeira de Sousa, *O regime jurídico do divórcio*, Coimbra, Almedina, 1991, p. 119, o meu livro sobre *A protecção da casa...*, *cit.*, pp. 322-323, e Francisco Pereira COELHO e Guilherme de OLIVEIRA, *Curso de Direito da Família. Vol. I — Introdução. Direito matrimonial*, 5.ª ed. (com a colaboração de Rui Moura RAMOS), Coimbra, Imprensa da Universidade, 2016, p. 711. De resto, na hipótese de ser aplicável o art. 1778.º-A (redacção de 2008), é evidente a possibilidade do acordo que não exista *ab initio*. Sustentando, contra a 1.ª e 2.ª instâncias, que o acordo relativo à utilização da casa «durante o período de pendência do processo» (art. 931.º, n.º 2, CPC; art. 1407.º, n.º 2, CPC anterior) não caduca findo o processo, cf. Ac. STJ de 17/01/2013 (2324/07.7TBVCD.P1.S1).

²⁰ Se esta foi pedida e for decidida (com trânsito em julgado) caduca, obviamente; se foi pedida mas não decidida ainda (o que nunca acontecerá se for aplicável o art. 1778.º-A CC), ou se a decisão não transitou em julgado, deve a meu ver entender-se que não caduca até ser decidida a “atribuição da casa”, com trânsito em julgado. Neste sentido, cf. Ac. TRP de 14/05/2012 (3853/08.0TJVNF.P1), e cf. Lemos JORGE, «As providências especiais...», *cit.*, p. 49, onde acrescenta que, fora destas hipóteses, caducará se a acção prevista no art. 990.º CPC «não for proposta (...) no prazo de 30 dias contados do trânsito em julgado da sentença que decretou o divórcio» (afirmação coerente com a posição do Autor no sentido estar em causa um procedimento cautelar *sui generis*). No sentido de o regime provisório de utilização da casa vigorar somente na pendência do processo, cf. v.g. F. Pereira COELHO e G. de OLIVEIRA, *Curso...*, *cit.*, p. 741, Almeida RAMIÃO, *O divórcio...*, *cit.*, p. 84, Chandra GRACIAS,

Isto não significa, porém, falta de interesse em avaliar se a decisão que fixou o regime provisório merece censura, acaso dela tenha sido oportunamente interposto recurso de apelação.

Face à inserção do art. 1793.º CC em subsecção respeitante aos «efeitos do divórcio», o seu n.º 3 (redacção de 2008) não visa a hipótese da alteração do acordo ou do regime provisório relativos à utilização da casa no período de pendência do processo de divórcio. Contudo, por maioria de razão, face a circunstâncias supervenientes, também pode ser alterado o regime provisoriamente fixado²¹.

O regime respeitante à «atribuição da casa» não tem de corresponder ao regime *provisório* de utilização da casa, por muito que a fixação de um e outro deva — como deve — assentar na ponderação das necessidades, interesses e outros factores a atender no caso. A decisão judicial que, afinal, fixe outro regime quanto ao *destino* da casa pode resultar da produção de prova adicional ou da reponderação dos factores a atender; e em todo o caso impor-se-á perante circunstâncias supervenientes (no sentido do art. 988.º, n.º 1, 2.ª parte, CPC) que justifiquem regime diferente, o qual por sua vez também pode ser alterado (art. 1793.º, n.º 3, CC).

3. QUESTÕES PATRIMONIAIS

A modo de intróito suplementar, parecem-me convenientes mais dois parágrafos.

Durante o casamento, não tendo havido separação de pessoas e bens (art. 1795.º-A CC), ambos os cônjuges têm o dever e o direito de adoptar a residência da família (arts. 1672.º e 1673.º CC). Podem existir motivos ponderosos para assim não ser, motivos que tornem inevitável, necessário ou justificável um deles não a adoptar, mas a regra é aquela; uma regra naturalmente válida no tocante à casa de morada da família, mesmo quando apenas um dos cônjuges é titular de direito sobre esta. Com a fixação do

«A casa de morada da família à luz da jurisprudência recente», in AA.VV., *II Jornadas de Direito da Família e da Criança — O direito e a prática forense*, Lisboa, CEJ e OA, 2018, p. 141, Morgado MARQUES, *A transmissão da casa...*, *cit.*, p. 24, e cf. v.g. Acs. STJ de 20/10/2005 (05B2152) e de 23/11/2017 (1448/15.1T8VNG.P2.S2), Ac. TRC de 06/03/2007 (317/05.8TBMLD-A.C1), Acs. TRL de 10/07/1997, in *CJ*, Ano XXII, Tomo IV, pp. 87-88, e de 31/01/2013 (2257/10.9TBVFX.L1-6), e Acs. TRP de 01/07/2013 (3835/11.5TJVNF-B.P1) e de 06/10/2014 (3835/11.5TJVNF-C.P1 — também in *CJ*, Ano XXXIX, Tomo IV, pp. 187-189). Em sentido contrário, cf. Ac. TRG de 17/12/2018 (2335/17.4T8VNF-A.G1). Não censurando decisão que fixou regime *provisório* de utilização da casa «até à partilha» dos bens comuns, cf., v.g., Ac. TRP de 05/02/2013 (1164/10.0TMPRT-B.P1 — também in *CJ*, Ano XXXVIII, Tomo I, pp. 191-192).

²¹ Neste sentido, cf. Ac. TRE de 02/12/1999, in *CJ*, Ano XXIV, Tomo V, pp. 275-277, e Sá LOPES, «A jurisdição voluntária...», *cit.*, p. 220. Jorge Augusto Pais de AMARAL, *Do casamento ao divórcio*, Lisboa, Edições Cosmos, 1997, p. 108, afirmou que também pode ser determinada a cessação do regime provisório.

regime provisório relativo à utilização da casa na pendência do processo de divórcio, salvo em casos verdadeiramente excepcionais, pretende-se justamente alterar a regra. Se a nenhum dos cônjuges foi judicialmente imposto o afastamento da residência da família²² e um deles quer *apenas* fazer valer o seu direito de *também* habitar nesta, nada o impede de para tanto recorrer à via judicial (art. 2.º CPC), independentemente de estar ou não estar ainda pendente processo de divórcio; mas neste caso, decerto raro, não se tratará de requerer aquela fixação²³. No fim e no fundo, quem requer a “atribuição provisória da casa” na pendência do processo (art. 931.º, n.º 7, CPC) pretende, outrossim, que lhe seja provisoriamente concedido o *direito de a utilizar com exclusão do outro*, quer se verifique ou não simultâneo ou sucessivo pedido de “atribuição da casa” (arts. 1105.º e 1793.º CC e art. 990.º CPC)²⁴.

Reiterando, agora de modo mais sucinto, que adiante não irei ocupar-me da hipótese de se tratar de casa arrendada, acrescentarei todavia que, em qualquer caso, apesar das inúmeras variantes, há características comuns: entre ambos os cônjuges não existe comunhão de vida nem há o propósito, da parte de um ou de ambos, de a restabelecer; instaurado o divórcio, o juiz tentou sem êxito conciliá-los e não foi possível obter o acordo deles quanto à utilização da casa na pendência do processo; esta matéria (pelo menos esta) reclama decisão judicial que fixe regime provisório quanto àquela *utilização por um deles sem a presença do outro*, porque há circunstâncias atendíveis para tanto. Quanto ao mais, independentemente de quem suscitou o incidente, as hipóteses são várias. Reduzindo-as às mais comuns, a última das quais relativa a casa não arrendada, aponto estas: ambos os cônjuges ainda habitam na casa, separados de facto sob o mesmo tecto, querendo um deles, ou ambos, pôr termo a tal situação; um deles já não habita na casa, mas quer voltar a habitá-la contra a vontade do outro; um deles até aceitaria não continuar a morar lá, ou não voltar a morar lá, mas somente se o outro também aceitasse não viver nela e, de comum acordo — inexistente —, lhe fosse dado outro destino, designadamente vendê-la ou arrendá-la a terceiro. Por vezes há litígios respeitantes a outras hipóteses relativas a casa não arrendada: apesar de ter sido decretado o divórcio sem consentimento de um dos cônjuges, não houve “atribuição provisória da casa” durante o processo nem houve “atribuição da casa”; a questão não foi suscitada; a casa é ainda

²² Cf. *supra* nota 15.

²³ Quando muito, na pendência do processo de divórcio, o conhecimento da situação poderia levar o juiz a considerar conveniente fixar, *ex officio*, um regime provisório de utilização da casa. Cf. *supra* nota 17.

²⁴ Pedido a deduzir por apenso (art. 990.º, n.º 4, CPC), a não ser que cumpra aplicar o art. 1778.º-A CC. Quanto a esta hipótese, cf. A. J. FIALHO, «Comentário...», *cit.*, 131-133, F. Pereira COELHO e G. de OLIVEIRA, *Curso...*, *cit.*, p. 766 (nota 109), e Acs. TRP de 27/03/2014 e STJ de 13/11/2014, citados *supra* nota 14. Explicitamente no sentido de a “atribuição provisória da casa” a um dos cônjuges implicar a exclusão do outro, cf. Ac. TRL de 25/11/2008 (8767/2008-7). Cf. também, *v.g.*, fundamentação dos Acs. STJ de 26/04/2012 (*cit. infra* nota 34) e de 13/10/2016 (*cit. infra* nota 35).

bem por partilhar ou dividir; apenas um dos cônjuges, depois ex-cônjuges, continuou a morar nela; e o outro, proprietário, meeiro ou comproprietário dela, excluído ou alegadamente excluído da sua utilização, quer ser compensado por isso. Não sendo hipóteses directamente enquadráveis no tema que me propus tratar, limitar-me-ei praticamente a aludir-lhes.

Dizer que a casa pertence a ambos os cônjuges é forma de aludir à hipótese de estes serem os únicos comproprietários dela, de serem simultaneamente os únicos titulares do direito de propriedade sobre ela. Podem ou não ter quotas iguais. Contudo, sendo mais frequente terem-nas iguais, justifica-se partir aqui desta premissa simplificadora. Não teria sentido dissertar sobre o regime jurídico da compropriedade (arts. 1403.º ss. CC), mas convém lembrar que os direitos dos consortes sobre a coisa comum são em todo o caso qualitativamente iguais, sem prejuízo da regra da proporcionalidade quanto às vantagens e encargos dela, encargos que podem provir, directa ou indirectamente, da sua aquisição. Aliás, no que concerne ao uso, na falta de acordo, a qualquer deles é lícito servir-se dela, contanto que, entre o mais, não prive o outro do uso a que igualmente tem direito. De todo o modo, como referi, quanto à casa de morada da família e salvo decisão judicial em contrário, o direito de *também* habitar nela assiste a ambos os cônjuges, mesmo quando apenas um é proprietário dela. Ao requerer a fixação do regime provisório em causa, o cônjuge comproprietário pretende, pois, que o tribunal, excepcional e provisoriamente, torne lícita a sua utilização da casa com exclusão do outro. Esta utilização acaba por impedir o outro de participar nas vantagens que a casa (o seu simultâneo direito de propriedade sobre esta) lhe poderia proporcionar, mas não dispensa qualquer deles de suportar os respectivos encargos. Um e outro podem a todo o tempo pedir a divisão da coisa comum, se não tiver sido estipulada a indivisão temporária ou tiver decorrido o prazo fixado para esta, mas a divisão, relativamente a casa indivisível, pode afinal não servir o interesse do excluído, por o tribunal ter atribuído ao outro o direito à utilização dela²⁵, desvalorizando assim o respectivo valor para efeitos de adjudicação ou venda no âmbito da acção (arts. 925.º e 929.º CPC). Ademais, o cônjuge excluído tem de lidar com as implicações patrimoniais inerentes à necessidade de utilizar outra casa para morar. Pode justificar-se que assim seja, mas o tribunal, tendo em conta as aludidas implicações, não deve obrigar o beneficiado a pagar compensação ao outro?

Se a casa for bem comum dos cônjuges, cumpre ter presentes especialidades inerentes a esta hipótese, na falta das quais são aplicáveis as regras da compropriedade (art. 1404.º CC). Uma das especialidades consiste no

²⁵ Provisoriamente, sim, mas com o risco de outra decisão, concomitante com a que decreta o divórcio ou subsequente a este, prolongar tal direito, oponível a terceiros, apesar da sua natureza obrigacional. Para escrever o parágrafo em que inseri esta nota li com especial proveito F. A. Pires de LIMA e J. M. Antunes VARELA, *Código Civil Anotado*, Vol. III, 2.ª ed., revista e actualizada (com a colaboração de M. Henrique Mesquita), reimpressão, Coimbra Editora, 1987, pp. 343 ss.

facto de nenhum dos cônjuges ter na verdade um direito patrimonial sobre a casa, tendo ambos tão-somente direitos iguais (meação) sobre a massa patrimonial comum que integra a casa, o que se mantém até transitar em julgado a decisão que decreta o divórcio²⁶. A partir de então qualquer dos ex-cônjuges pode dispor do seu direito à meação ou requerer a partilha do património comum, sem prejuízo da retrotracção a que haja lugar quanto às relações patrimoniais entre eles. No entanto, tudo isto não parece alterar substancialmente os dados do problema quanto à matéria em apreço, por se tratar da casa de morada da família, bem ao qual a lei dispensa em qualquer caso tratamento singular. Assim, impondo-se economia de escrita, acrescento apenas, com as necessárias adaptações: o intuito do cônjuge meeiro, ao requerer a fixação do regime provisório em causa, é o de que o tribunal, excepcional e provisoriamente, lhe conceda o direito de utilizar a casa com exclusão do outro, a casa sobre a qual ele na verdade não tem sequer direito patrimonial *directo*. E o que faz o excluído? Continua responsável pelas dívidas que oneram aquele bem comum e pelas eventualmente contraídas para o adquirir, sem a vantagem de também o poder utilizar. E, tal como o aludido comproprietário, tem de lidar sem demora com as implicações patrimoniais inerentes à necessidade de utilizar outra casa para morar. Pode haver fundamento para tanto, sim, mas não deverá o tribunal atribuir-lhe o direito de ser periodicamente compensado pelo beneficiado? Ou, não tendo ele necessidade imediata de receber compensação, poderá e deverá ser-lhe reconhecido crédito a exercer aquando da liquidação e partilha do património comum?

Se a casa é bem próprio do cônjuge provisoriamente excluído da utilização dela, também pode justificar-se a exclusão, claro, face ao que para tanto cumpre ponderar, mas poderá o tribunal não atribuir àquele o direito a qualquer compensação?

Antes de me referir a decisões judiciais sobre a matéria, devo intercalar mais um parágrafo introdutório.

Há afirmações cujo sentido apenas pode ser compreendido e avaliado com referência ao contexto em que foram proferidas; invocá-las fora do seu contexto é normalmente desvirtuá-las, com ou sem o intuito de lhes atribuir sentido diferente, de as aproveitar para fins que não visaram de todo ou que em parte não tinham em vista. Isto pode acontecer quando se invocam partes da fundamentação de decisões judiciais como base para defender certa posição em abstracto, ou como apoio para fundamentar e decidir em certo sentido, abstraindo dos factos e circunstâncias em apreço nos casos anteriormente

²⁶ Ou, nomeadamente, a simples separação judicial de bens (arts. 1767.º ss. CC) ou a separação de pessoas e bens (art. 1795.º-A CC). Para escrever o parágrafo em que inseri esta nota, li com proveito F. Pereira COELHO e G. de OLIVEIRA, *Curso...*, cit., maxime pp. 595 ss., Eva Dias COSTA, «Breves considerações acerca do regime transitório aplicável às relações patrimoniais dos ex-cônjuges entre a dissolução do casamento e a liquidação do património do casal», in *RIDB*, Ano 2 (2013), n.º 13, pp. 14813-14837, e Acs. TRC 08-11-2001 (4931/10.1TBLRA.C1) e STJ de 18/11/2008, in *CJ — Acs. STJ*, Ano XVI, Tomo III, pp. 131 ss.

ulgados. De resto, tratando-se de proferir decisões judiciais, cumpre observar o estatuído no art. 8.º, n.º 3, CC, segundo o qual «o julgador terá em consideração todos os casos que mereçam tratamento análogo, a fim de obter uma interpretação e aplicação uniformes do direito»²⁷. Todavia, não são invulgares considerações abstractas tecidas a propósito de casos concretos, compreendendo-se bem que assim seja, quer por estar em causa a interpretação e aplicação de normas gerais e abstractas, quer porque se pretende dar mais consistência à argumentação utilizada para decidir. Sendo assim, citar isoladamente tais afirmações/considerações não constituirá aproveitamento indevido das mesmas.

A jurisprudência tem divergido quanto à resposta a dar a perguntas que antecipei: a atribuição judicial a um dos cônjuges do direito de utilização *provisória* de casa que possa considerar-se compreendida na previsão do art. 1793.º, n.º 1, CC²⁸, quando o beneficiado não for o proprietário ou for meeiro ou comproprietário²⁹, deve ou não deve implicar o pagamento de compensação ao (ou em benefício do) outro cônjuge, ou pode ou não implicá-lo consoante os factos e circunstâncias a ponderar no caso?

Em termos gerais, sempre com referência a decisão judicial proferida na falta de acordo dos cônjuges (ou acordo homologável) quanto à matéria, faço estas duas perguntas algo retóricas: o regime *provisório* de utilização da casa deve ser fixado em função da ponderação de factores diferentes dos relevantes para determinar o *destino* da casa? Deve atribuir-se *provisoriamente* o direito de utilizar a casa a título diferente do legalmente previsto para a “atribuição da casa”³⁰? De forma mais simples e abrangente, a pergunta é esta:

²⁷ Sobre o sentido e alcance desta disposição, com clareza e concisão, cf. v.g. Manuel Fontaine CAMPOS, in AA.VV., *Comentário ao Código Civil: parte geral, cit.*, pp. 44-45.

²⁸ Este modo de dizer é forma sucinta de abranger várias hipóteses relativas à casa: ser bem próprio de um dos cônjuges; ser bem comum destes; serem ambos os únicos comproprietários dela; ser um deles titular, ou serem ambos os únicos co-titulares, de direito de usufruto e ou direito de superfície relativos à casa.

²⁹ No caso apreciado em Ac. TRC de 06/03/2007 (317/05.8TBMLD-A.C1) a requerente alegara, mas não provara, ser proprietária da casa cuja utilização lhe foi provisoriamente atribuída; a Relação considerou não haver «que estabelecer qualquer regime para a fruição da habitação pelo cônjuge contemplado pela providência, ainda que ele não seja o proprietário». No caso sobre o qual recaiu Ac. TRC de 05/11/2013 (2251/12.6TBPBL-D.C1) a decisão da 1.ª instância aludira à casa como «bem comum do casal», mas o recorrente, entre o mais, afirmara tratar-se de «seu bem próprio»; segundo a Relação: «Não havendo nesta fase transitória de uso da casa (...) qualquer fruição monetária para o dono da casa, saber se a casa é só do apelante é irrelevante». No caso a que se dedicou um Ac. TRL de 31/01/2013 (2257/10.9TBVFX. L1-6) o apelante invocara que a casa lhe pertencia «na totalidade» e referira-se a documento comprovativo não junto com o recurso, «alegando a Ré tratar-se de um bem comum»; segundo a Relação, além de outros dados importantes não apurados, ignorava-se «a quem pertence a casa (...), nomeadamente se é bem comum ou pertença apenas de um deles, ou se é arrendada, elemento factual relevante para a decisão a proferir». Os demais acórdãos que consultei pronunciaram-se sobre casos em que a casa era bem comum ou pertencia aos cônjuges em compropriedade.

³⁰ Considerando que não deve, cf. Diana Raquel da Costa FERNANDES, *Uma reflexão crítica sobre o regime da atribuição da casa de morada de família*, Porto, 2018, pp. 28-29 (com ressalva na p. 31, nota 85, que me suscita dúvidas).

perante factos e circunstâncias semelhantes, porque haveria o regime *provisório* de ser diferente do *não provisório*? Tanto quanto pude apurar, a primeira pergunta tem recebido resposta unânime: o regime provisório de utilização da casa deve ser fixado atendendo aos factores relevantes para fixar o seu *destino*. Com referência às hipóteses aqui consideradas, há no entanto dissensão quanto à resposta a dar à segunda pergunta: para uns, o cônjuge provisoriamente excluído da utilização da casa não deve ser compensado pelo outro, porque a lei, ao invés do que estatui quanto ao *destino* da casa (1793.º, n.º 1, CC), não determina que o seja³¹; para outros, tendo em conta as implicações resultantes da exclusão e o período temporal eventualmente longo da duração desta, ele deve ser compensado, embora não necessariamente com o pagamento de renda³²; para outros ainda, pode ou não ser-lhe

³¹ Neste sentido, cf. v.g. Acs. TRC de 06/03/2007 e de 05/11/2013, ambos *cit. supra* nota 29. Cf. também acórdão (cuja data e proveniência não consegui apurar, mas que creio ser do TRC) cuja fundamentação foi em grande parte transcrita no ponto 3 do Ac. STJ de 13/10/2016 (135/12.7TBPBL-C.C1-S1). Em sentido desconcertante, cf. Ac. TRL de 12/01/2017 (8992/14.6T8LSB.L1-6), embora não respeitante a regime provisório: a sentença decretara o divórcio e atribuiu «provisoriamente (...) à autora a utilização da casa (...) até à partilha do património comum do (...) casal», mas sem fixar renda a pagar ao réu; na contestação este sustentara ser «ilegítimo e ilegal» o «pedido de atribuição da casa» feito pela autora; apesar de citar o art. 1793.º, n.º 1, CC e de reconhecer que «tal utilização representa uma vantagem económica para a autora e uma desvantagem económica para o réu», a sentença não fixou renda, «considerando o princípio do pedido, porque o réu não formulou tal pretensão (...) nem estão provados (nem foram alegados) factos que permitissem ao Tribunal estabelecer uma renda», não podendo «o Tribunal condenar em mais do que o pedido pelas partes»; a Relação confirmou a sentença, porque «a definição do valor (...) dependeria da análise de diversos factos (...) que teriam de ser alegados» e não foram, e porque, não estando em causa «direito indisponível (...)» podia a parte (...) prescindir do exercício do mesmo», não podendo exercê-lo «em sede de recurso». Notando que após o divórcio, «os ex-cônjuges só podem aspirar à atribuição (...) do direito à utilização da casa (...) a título oneroso, ou seja, através da fixação de uma compensação pecuniária ao cônjuge privado do uso daquele bem comum do extinto casal», cf. Ac. TRL de 22/02/2018 (1224/14.9T8SNT-D.L1.6). Cf. também, v.g., Ac. TRE 12/06/2019 (1603/18.2T8PTG.E1).

³² Neste sentido, cf. v.g. Ac. TRL de 31/01/2013 (*cit. supra* notas 10, 20 e 29) e Acs. TRP de 01/07/2013 (*cit. supra* notas 10 e 20), de 11/03/2014 (5815/07.6TBVNG-K.P2) e de 06/10/2014 (*cit. supra* nota 20). Cf. ainda Ac. TRP de 05/02/2013 (*cit. supra* nota 20), este relativo a caso em que ambos os cônjuges haviam requerido a “atribuição provisória da casa”; a decisão da 1.ª instância atribuiu-a à autora «até à partilha dos bens comuns do casal», «a título de arrendamento, mediante o pagamento» de renda mensal a fixar após audição das partes, relegando o início do arrendamento para subsequente decisão; inconformada quanto ao «arrendamento», que não requerera, a autora apelou; a Relação sustentou que, sendo a casa bem comum, não faria sentido beneficiar o cônjuge que fica com o direito de a utilizar sem compensar o outro, «privado do uso e fruição de um bem que também é seu», pelo período temporal «mais ou menos longo» que pode decorrer «entre o momento da atribuição provisória (...) e o da partilha», mas considerou que a atribuição de «uma compensação/renda», «a fixar independentemente de ter sido incluída ou não no pedido formulado», não implica «necessidade de submissão ao regime do arrendamento». Um Ac. TRP de 26/05/2015 (5523/13.9TBVNG-B.P1) confirmou *sentença* que, fixando regime na verdade não provisório — houvera convalidação para mútuo consentimento e *sentença* (decretando também o divórcio, presume) —, atribuiu à requerida «o direito de utilizar a casa (...) até venda ou partilha da mesma», impondo-lhe a obrigação de pagar integralmente o «valor relativo à amortização mensal do empréstimo para aquisição dessa habitação, bem como todos os encargos decorrentes da mesma (seguros e IMI)». Se realmente estava em causa a “atribuição da casa”,

atribuída compensação, consoante a «valoração prudencial e casuística das circunstâncias pessoais e patrimoniais dos cônjuges»³³, mas «nada impede que nos socorramos, pelo menos como pano de fundo, do regime arrendatício fixado no (...) art. 1793.º» CC³⁴. Em relação à terceira pergunta (acima colocada de forma simples e abrangente), pese embora o coro na resposta dada à primeira, encontrei somente as respostas indirectas que se inferem das dadas à segunda pergunta, isto é, no fundo: o direito *provisório* de utilizar a casa não tem de ser atribuído a título idêntico ao que serve de base à

como parece, é surpreendente, face ao disposto no art. 1793.º, n.º 1, CC; para não falar das implicações em sede de partilha. Noutro caso, apreciado em Ac. TRL de 14/04/2016 (273/14.1TBSCR.L1-2), a sentença que decretara o divórcio julgara improcedente o incidente de “atribuição provisória da casa”, tendo ambas as partes recorrido: a autora quanto à questão da casa e o réu quanto ao divórcio; a Relação confirmou a sentença quanto ao divórcio e quanto à casa; todavia, considerando que, assim, acabara «por sancionar a utilização desse bem comum em exclusivo pelo réu, atentas as necessidades dadas como provadas», e dando por adquirido que tal se manteria até à partilha, determinou que ele deveria pagar à autora «a compensação mensal de € 200,00 (...), desde a data da prolação da» sentença «e até à partilha do património comum», sustentando ser isto admissível «ao abrigo do n.º 7 do artigo 931.º CPC». Ambas as partes interpuseram recurso de revista. O subsequente Ac. STJ de 27/04/2017 (273/14.1TBSCR.L1.S1) decidiu não tomar conhecimento do recurso quanto à compensação a pagar pelo réu e manter a decisão na parte em que decretou o divórcio; quanto ao citado preceito, sustentou ter «por finalidade a aplicação, no decurso daquela ação [de divórcio], de uma medida provisória (...) para vigorar até à partilha do património do casal»; de resto, considerou que o acórdão recorrido, quanto a esta questão, respeitava «ao procedimento previsto» no dito preceito e não ao «bem distinto (...) processo (...) contemplado no» art. 990.º CPC.

³³ Cf. fundamentação de Ac. STJ de 13/10/2016 (135/12.7TBPBL-C.C1-S1), perfilhada em vários acórdãos proferidos desde então. Meros exemplos: Ac. TRL de 22/02/2018 (1224/14.9T8SNT-D.L1.6) e Ac. TRG de 15/11/2018 (1448/17.7T8BRG.G1).

³⁴ Cf. fundamentação do Ac. STJ de 26/04/2012 (33/08.9TMBRG.G1.S1), que confirmou Ac. TRG de 17/05/2011 (33/08.9TMBRG.G1). Neste caso, à semelhança de outros (cf., *v.g.*, nota 32 *supra* e cf. *infra*), não se tratava de regime provisório, como impropriamente fora apelidado na sentença que decretara o divórcio e “atribuíra a casa” à ré «até à adjudicação dos bens comuns do (...) casal», sem fixar renda; ela requererá «a utilização exclusiva da casa (...) ao abrigo do disposto no artigo 1407.º, n.º 7, do» CPC anterior, «ou seja, na pendência da acção, com carácter provisório»; o autor e reconvinte pugnara pelo indeferimento da pretensão ou, caso assim não se entendesse, e por se tratar de bem comum, pela condenação da ré e reconvinde a pagar-lhe 250 € mensais; «a demora na instrução do incidente» levou ao referido desfecho e ele recorreu da sentença, na parte em que não fixou a seu favor a renda pedida, tendo aquela transitado em julgado quanto ao divórcio; a Relação decidiu no sentido de ser fixada renda de 150 € mensais, o que o Supremo confirmou, sem contudo deixar de referir que, tratando-se de regime verdadeiramente provisório, pode ser fixada renda ou outra compensação, por «ter cabimento», «no plano dos princípios», «que aquele que da sua “quota-parte” não usufrui, tenha também direito a um gozo indirecto, que consistirá em perceber, tal como se locação houvesse, compensação pelo valor do uso de tal “quota-parte”. Noutro caso, apreciado em Ac. TRG de 26/03/2015 (101/12.2TMBRG.G1), após convalidação do divórcio sem consentimento em divórcio por mútuo consentimento, sem acordo quanto à “atribuição da casa”, a sentença decretou o divórcio e “atribuiu a casa” ao réu até à partilha, mediante o pagamento de renda que fixou em 170 € mensais; a recorrente não se conformou quanto à atribuição e o réu, também recorrente, discordou do valor da renda; o acórdão, que confirmou a sentença, fala na fundamentação em “atribuição provisória», «regime provisório, antecâmara do definitivo», e, após citar o Ac. STJ acima indicado e o Ac. TRP de 11/03/2014 *cit. supra* nota 32, afirma que o provisoriamente beneficiado deve, sim, «pagar à autora uma compensação», pois ela «vê-se privada desse bem».

“atribuição da casa” porque a lei não determina que, no domínio patrimonial, a decisão judicial relativa ao regime provisório observe o estatuído quando se trata de fixar o *destino* da casa. Dito de outro modo quanto à justificação: porque a lei não determina que a utilização provisória da casa seja conferida a título de arrendamento, única solução admissível à luz do disposto no art. 1793.º, n.º 1, CC. Este entendimento tanto serve para afirmar que não é devida qualquer compensação, como para sustentar que é devida compensação, mas não necessariamente renda, como para defender que pode ou não ser atribuída compensação consoante as circunstâncias do caso.

Com grande eloquência na justificação da última posição enunciada — depois de considerar as outras «rígidas e extremadas», não adequadas «às exigências de ponderação equitativa das circunstâncias do caso concreto, especialmente prementes no campo da definição provisória das relações entre cônjuges, na pendência do processo de divórcio» —, o Supremo pronunciou-se em abstracto nestes termos:

«(...) a formulação legal» [do art. 931.º, n.º 7, CPC] (...) é suficientemente ampla, indeterminada e flexível para consentir, em função de uma valoração prudencial e casuística das circunstâncias pessoais e patrimoniais dos cônjuges, quer numa atribuição do bem imóvel a título gratuito, quer numa atribuição a título oneroso; no primeiro caso, o julgador entenderá que, perante o resultado de tal ponderação casuística, a vantagem auferida pelo cônjuge beneficiado com o uso exclusivo do imóvel não justifica a atribuição de uma contrapartida patrimonial ao outro cônjuge, privado temporariamente do uso do bem; na segunda situação, pode o juiz *temperar tal atribuição exclusiva* com a imposição da obrigação do pagamento ao outro cônjuge de uma contrapartida económica, fundada em razões de equidade e justiça, aproximando-se, neste caso, ao menos por analogia, do regime do arrendamento que está legalmente previsto para a atribuição definitiva da casa de morada de família.»³⁵

³⁵ Cf. fundamentação do Ac. STJ de 13/10/2016 *cit. supra* nota 33 (dispensei negritos). Fora invocada contradição jurisprudencial «sobre a mesma questão fundamental de direito» (art. 629.º, n.º 2, d), CPC), tendo o Supremo considerado existir esse «específico fundamento de recorribilidade» para o STJ. Abstraio do caso concreto, relativamente ao qual a decisão se compreende bem, pois na sequência da decisão recorrida, que atribuíra a utilização provisória da casa «até à partilha» sem fixar «contrapartida monetária», houvera sentença transitada em julgado que decretara o divórcio (convolado) por mútuo consentimento e, entre o mais, homologara acordo das partes nos termos do qual a “atribuição da casa” era feita «conforme o que» fora «incidentalmente decidido e até à partilha dos bens comuns». Sobre a questão da (in)admissibilidade de recurso para o STJ face ao disposto no art. 988.º, n.º 2, CPC, cf. por todos A. J. FIALHO, *Conteúdo e limites...*, *cit.*, pp. 30-32, e Ac. STJ de 25/05/2017 com *sumário* disponível a partir de www.stj.pt/?page_id=4471 (Cível — 2017, pp. 351 s., Revista n.º 945/13.8T2AMD-AL1.S1 — 2.ª Secção). No âmbito do caso apreciado no Ac. STJ de 23/11/2017 *cit. supra* nota 20 foi sem êxito tentado recurso extraordinário para uniformização de jurisprudência (art. 688.º CPC): cf. Ac. STJ de 12/07/2018, com *sumário* disponível a partir de *ibid.* (Cível — 2018, p. 465, Recurso n.º 1448/15.1T8VNG.P2.S2-A — 7.ª Secção). Este caso, relativo a litígio entre magistrada judicial e procurador-adjunto do MP, envolveu numerosos recursos, entre os quais o objecto do Ac. TRP de 11/03/2014 *cit. supra* nota 32.

Eloquente, sem dúvida, mas porventura insusceptível de fazer inflectir as posições diferentes, porque os defensores destas podem sempre sustentar que, no caso *sub judice*, face à «valoração prudencial» das circunstâncias, não se justifica, ou pelo contrário justifica-se, atribuir compensação ao cônjuge provisoriamente excluído da utilização da casa. E, salvo o devido respeito — que é muito —, parecem-me questionáveis: a consideração peremptória de que a segunda posição (a par da primeira) não é adequada «às exigências de ponderação equitativa das circunstâncias do caso concreto»; e o entendimento, salvo erro implícito ou passível de inferir, de que o art. 1793.º CC padece de defeito semelhante, ao prever o arrendamento como solução única (n.º 1), embora um arrendamento para habitação, com condições definidas pelo tribunal (n.º 2), que pode resolvê-lo ou alterá-lo quando circunstâncias supervenientes o justifiquem (n.ºs 2 e 3). Na verdade, a dita segunda posição não me parece rígida e desadequada às aludidas exigências, precisamente por ser aberta no tocante à espécie e ao valor da compensação, que justamente será fixada atendendo à «ponderação equitativa das circunstâncias do caso concreto»; e parece-me que o art. 1793.º CC, conjugado com os arts. 986.º, n.º 2, 987.º, 988, n.º 1, e art. 990.º CPC, não padece de imperfeição similar, até por ser hoje pacífico que o montante da renda a fixar pelo tribunal não tem de corresponder ao (ou a metade do) valor locativo da casa, a considerar como limite máximo, porquanto deve ser compatível com a situação patrimonial do arrendatário, de modo a permitir salvaguardar as necessidades e os interesses que justificam a constituição do arrendamento³⁶. De resto, serão relativamente poucos os casos em que, por «razões de equidade e justiça», não se justifica de todo atribuir qualquer compensação patrimonial ao cônjuge privado da utilização de bem que é ou também é seu (ou é bem comum), face às diversas e consabidas implicações patrimoniais a um tempo decorrentes do benefício e da privação em causa. Ademais, poderia até questionar-se se tal seria compatível com o princípio constitucional da proporcionalidade, que obviamente não pode ser postergado ante a falta de determinação expressa da lei ordinária no sentido de ser devida compensação³⁷. Mas, claro, haverá sempre situações excepcionais em que o cônjuge

³⁶ Cf., v.g., estes Acórdãos: STJ de 16/12/1999 (99A998), de 07/10/2003 (03A1945) e de 26/04/2012 (*cit. supra* nota 34); TRL de 23/04/2009 (348-A/2000.L1-8.ª), de 04/12/2012 (202/09.4TMLS.B.L1-1), de 19/03/2013 (8866/09.2TBCSC-B.L1-1) e de 14/11/2013 (1828/11.1TVLSB-6); TRG de 03/12/2009 (4748/03.2TBVCT.G1), de 17/05/2011 (33/08.9TMBRG. G1) e de 19/01/2012 (17/10.7TBVNC.G1); e TRP de 13/10/2015 (229/14.4T8MTS-B.P1). Costa FERNANDES, *Uma reflexão crítica...*, *cit.*, pp. 30-31, observa que a fixação de renda demasiado baixa pode implicar a desprotecção do cônjuge “senhorio” (palavra minha), quando este também esteja em situação patrimonial frágil. A Autora citou a propósito Ac. TRP 07/12/2011 (10814/09.0TBVNG.P1). Cf. também Ac. TRP de 03/04/2017 (579/11.1TBVCD-E.P1). Nestes casos, porém, a atribuição pedida foi recusada pela Relação (1.º caso) ou pela 1.ª e 2.ª instâncias (2.º caso), atendendo ao facto de o cônjuge proprietário da casa também necessitar desta e não ter meios económicos para dispor de outra habitação.

³⁷ Sobre o princípio constitucional da proporcionalidade, a propósito da atribuição a ex-cônjuge da casa pertencente ao outro, por aplicação do art. 1793.º CC, quando não haja filhos cujo

a quem é atribuída a utilização provisória da casa, com exclusão do outro, se encontra em situação patrimonial deficitária e, por razões diversas (cf. art. 2016.º-A, n.º 1, CC), insusceptível de inverter. Nestes casos, perguntar-se-á naturalmente: como poderá, sem ferir a equidade, ser julgado conveniente e oportuno impor-lhe a obrigação do pagamento periódico de compensação ao (ou em favor do) outro cônjuge? Aliás, ele *não pode* prestá-la. Em tais casos creio que pode ser invocada a problemática dos alimentos e a hipótese de considerar que a falta de compensação, ou a diferença entre o montante desta e o valor (ou a metade do valor) locativo da casa, correspondem ou equivalerem a alimentos em espécie, judicialmente fixados por motivos excepcionais que tal justificam e não por acordo ou imposição legal a impô-los (art. 2005.º, n.º 1, CC)³⁸. Tal pressupõe, contudo, que o outro cônjuge não fique, por isso, em situação de carência patrimonial (art. 2004.º, n.º 1, CC) e que o cônjuge a beneficiar desse modo tenha o direito de receber alimentos (arts. 2015.º e 1675.º CC) ou, não o tendo, que cumpra assim proteger o interesse atendível dos filhos. Digo isto porque, mesmo não ficando o outro cônjuge em situação patrimonial delicada, designadamente pelos encargos que tenha de suportar para habitar noutra morada, haverá eventualmente o óbice de a ruptura da comunhão de vida entre eles ser imputável ao que requer a atribuição do direito de utilizar a casa no todo ou em parte pertencente ao outro (ou bem comum), sendo ou não ele quem instaurou a acção de divórcio (arts. 1781.º, a) ou d), e 1785.º, n.º 1, 1.ª parte, CC)³⁹, e de não haver motivos de equidade que o salvem nem filhos cujo interesse assim cumpra acautelar. Sendo este o óbice invocado, poder-se-á opor que, desde a Lei n.º 61/2008, a culpa deixou de ser relevante para efeitos do divórcio e que tal reclama nova leitura dos n.ºs 2 e 3 do art. 1675.º CC, mas há bons argumentos para discordar deste entendimento⁴⁰, até fundados na interpretação a dar ao estatuído no n.º 3 do art. 2016.º CC (redacção de 2008), relativo a alimentos depois do divórcio (ou da separação judicial de pessoas e bens), sim, mas revelador do *espírito* do sistema jurídico, cuja unidade cumpre salvaguardar. Sendo assim, tem aqui pleno cabimento citar palavras de Guilherme de Oliveira relativas a «limites» a impor à «extensão da solidariedade matrimonial», à luz daquele

interesse assim cumpra proteger, embora sustente posição que não acompanho, cf. a interessante exposição de Sandra PASSINHAS, «Atribuição do uso da casa de morada da família nos casos de divórcio em Portugal: contributo para um 'aggiornamento' interpretativo», in *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, n.º 3 *bis*, nov. 2015, *maxime* pp. 187-189.

³⁸ Sobre a questão, a propósito da constituição ou extinção forçada de arrendamento, cf. Jorge Duarte PINHEIRO, *O Direito da Família contemporâneo*, 6.ª ed., Lisboa, AAFDL, 2018, pp. 514-515. E cf. Ac. STJ de 23/03/1995, in *BMJ* N.º 445, pp. 544-550.

³⁹ Sobre a alínea d) do art. 1781.º CC (redacção de 2008), eventualmente invocada pelo cônjuge causador da «ruptura definitiva do casamento», cf. por todos Guilherme de OLIVEIRA, «A nova lei do divórcio», in *Lex Familiae — Revista Portuguesa de Direito da Família*, Ano 7 — n.º 13 — 2010, pp. 13-16, e, *v.g.*, Acs. STJ de 03/10/2013 (2610/10.9TMPRT.P1.S1) e de 27/04/2017 (273/14.1TBSCR.L1.S1).

⁴⁰ Sobre o art. 1675.º, n.ºs 2 e 3, com redacção inalterada pela Lei n.º 61/2008, cf. *v.g.* Ac. TRL de 24/03/2015, in *CJ*, Ano XL, Tomo II, pp. 94-97.

n.º 3 do art. 2016.º, que alude a «razões manifestas de equidade» para negar o direito a alimentos:

«Não se pretende abrir uma averiguação exaustiva das culpas — como se diferísse o processo tradicional para este momento do pedido de alimentos; mas o tribunal que aprecia as alegações dos cônjuges saberá encontrar os casos em que parece *manifestamente* iníquo obrigar um cônjuge a prestar uma solidariedade àquele que lhe pede alimentos.»⁴¹

Fora de causa parece a hipótese de o cônjuge provisoriamente excluído da utilização da casa sem compensação atribuída, por acordo homologado que a não estipulou ou por falta de oportuna impugnação da decisão judicial que a não fixou, vir depois reclamá-la com efeitos *retroactivos*⁴². *Em muitos casos, com prodigiosa criatividade, o cônjuge ou ex-cônjuge meeiro ou proprietário pede a posteriori compensação pela utilização exclusiva da casa por parte do outro, de facto, sem qualquer deles ter requerido a “atribuição provisória da casa” nem ter pedido a “atribuição da casa”.* São casos interessantes, com dados e defesa de posições de algum modo relevantes para a análise das questões patrimoniais acima resumidamente focadas. Contudo, não sendo directamente enquadráveis no tema deste estudo, limito-me a esta referência e a uma nota de rodapé⁴³.

⁴¹ Cf. Guilherme de OLIVEIRA, «A nova lei do divórcio», *cit.*, p. 30. Sobre a questão, cf. também Rita Lobo XAVIER, *Recentes alterações...*, *cit.*, pp. 44-45, e Rute Teixeira PEDRO, in AA.VV. (Ana Prata, Coord.), *Código Civil Anotado*, Vol. II, Coimbra, Almedina, 2017, p. 926.

⁴² Neste sentido, cf. v.g. Ac. TRC de 27/04/2017 (3175/16.3T8VIS.C1) e Acs. TRG de 18/01/2018 (120/16.0T8EPS.G1) e de 15/11/2018 (1448/17.7T8BRG.G1). Referi-me a efeitos retroactivos porque pode ser alterado o regime fixado a título provisório, face a circunstâncias supervenientes que o justifiquem (cf. *supra* nota 21). Quanto à alteração do acordo sobre o destino da casa, ultimamente, cf. v.g. Acs. TRG de 28/09/2017 (1163/13.0TBPTL-G.G1) e de 17/12/2018 (1163/13.0TBPTL-G.G2) e Ac. TRE de 30/05/2019 (1352/18.15T8FAR.E1).

⁴³ Um caso destes casos foi objecto de interessante Ac. STJ de 18/11/2008, in *CJ — Acs. STJ*, Ano XVI, Tomo III, pp. 131-137, com 2 votos de vencido (pp. 137-139). O ex-cônjuge autor pedira a condenação da ex-cônjuge ré a pagar-lhe compensação correspondente a metade do valor locativo da casa, bem comum, que ela utilizara em exclusivo desde a data da separação de facto (05/10/1988), fixada na sentença que decretara divórcio (30/09/1999), e até que fosse realizada a partilha. A decisão que fez vencimento, confirmando as da 1.ª e 2.ª instâncias, não atendeu ao pedido, essencialmente porque o autor não pedira a “atribuição da casa”, nem na pendência do processo de divórcio nem depois deste, o que tão-pouco a ré pedira, sendo de considerar lícito o uso que ela fez da casa «no exercício de um direito próprio», situação que ele tacitamente aceitara, não alegando sequer que tivesse sido impedido de também a usar e tendo aliás passado a viver (por período de tempo não apurado) em outra casa que também era bem comum. Em Ac. STJ de 16/04/2009, com *sumário* disponível a partir de www.stj.pt/?page_id=4471 (cf. Cível — 2009, p. 247, Revista n.º 35/09 — 7.º Secção) terá sido apreciada questão semelhante (sem menção ter havido utilização de outro bem comum) e a orientação foi semelhante. No Ac. STJ de 2008, a fundamentação que fez vencimento admite, porém, que a decisão poderia ser outra face a outra hipótese: se «um dos cônjuges se mantém a habitar a casa (...), bem comum do casal, enquanto que o outro (...) se vê na necessidade de ir ocupar uma outra casa, adquirida por empréstimo bancário ou tomada de arrendamento», suportando os respectivos encargos; a ser assim não repugnaria «admitir que, aquando da partilha», houvesse «acerto de contas, nomeadamente

4. A TÍTULO DE CONCLUSÃO

Concluindo com espírito construtivo, direi sucintamente:

Poupano decerto muita tinta reveladora de problemas delicados e de divergências jurisprudenciais acentuadas, o legislador faria bem: se inserisse no Código Civil norma respeitante (entre o mais) à fixação judicial do regime provisório relativo à utilização da casa de morada da família na pendência do processo⁴⁴, isto é, norma atinente aos factores relevantes para o fixar e aos direitos e vinculações resultantes da fixação; e, bem assim, se estabelecesse no Código de Processo Civil, com menos incompletude, regras sobre a tramitação processual a observar para tanto. No plano substantivo, tratando-se de casa compreendida na previsão do art. 1793.º, n.º 1, CC ou susceptível de compreender nesta⁴⁵, creio que seria a um tempo simples e adequada a remissão para o disposto naquele artigo, a aplicar com as necessárias adaptações. No domínio processual, penso que a matéria objecto do n.º 7 do art. 931.º CPC deveria ser tratada em norma autónoma⁴⁶, na qual, quanto à casa, poderia remeter-se para a observância, com as necessárias adaptações, do disposto nos n.ºs 1 a 3 do art. 990.º CPC, forma indirecta de remeter também para os arts. 986.º, n.ºs 2 e 3, 987.º e 988.º CPC, mas determinando que, havendo necessidade simultânea de fixar regimes provisórios quanto a alimentos e/ou quanto à regulação das responsabilidades parentais, as matérias em causa deveriam ser apreciadas em conjunto, o que naturalmente seria entendido — mas poderia não ficar subentendido — como dever de ter em consideração «o regime» previamente fixado⁴⁷ quanto a alimentos e/ou quanto àquelas responsabilidades.

Termino com referência breve ao efeito do eventual recurso de apelação da decisão que fixa o regime provisório da utilização da casa na pendência do processo.

através da reclamação de um crédito (...) sobre o acervo patrimonial comum a partilhar, não sobre o outro cônjuge». Para outros casos, com elementos relevantes para a análise da questão, cf. v.g.: Ac. STJ de 25/03/2004 (04A364); Ac. TRP de 22/03/2011 (641-K/2002.P1); Ac. TRG de 08/03/2012 (5372/04.5TBGMR-A.G1); Ac. TRC de 28/03/2017 (255/10.2TMCBR-B.C1) e subsequente Ac. STJ de 12/12/2017, com *sumário* disponível a partir de www.stj.pt/?page_id=4471 (cf. Cível — 2017, p. 751, Revista n.º 255/10.2TMCBR-B.C1.S1 — 6.ª Secção); e Ac. TRL de 26/03/2019 (2225/18.3T8LRS.L1-7).

⁴⁴ Processo de divórcio ou de separação de pessoas e bens sem consentimento de um dos cônjuges, ou processo a que seja aplicável o art. 1778.º-A CC, não havendo acordo dos cônjuges quanto à matéria ou não sendo o acordo deles homologável, por não acautelar suficientemente os interesses de algum deles ou dos filhos. Quanto à arrumação sistemática, cf. *supra* nota 7.

⁴⁵ Cf. *supra* nota 28. Não obstante a diversidade de hipóteses, bastaria porventura a referência ao «cônjuge que pretenda a atribuição provisória do direito de utilizar a casa de morada da família...» ou, mais conforme a formulação menos rigorosa o n.º 1 do art. 990.º CPC «pretenda a atribuição provisória da casa de morada da família, nos termos do artigo ... do Código Civil, ...».

⁴⁶ Eventualmente sob a epígrafe «*Providências provisórias*», em tempos pensada (cf. *supra* nota 6), ou, talvez melhor, sob epígrafe «*Regimes provisórios*».

⁴⁷ Por acordo homologado ou, na falta deste, por decisão judicial.

O recurso da sentença respeitante, ou também respeitante, à “atribuição da casa” tem efeito suspensivo (arts. 1105.º ou 1793.º CC e 990.º, n.º 3, CPC ou arts. 1778.º-A CC e 647.º, n.º 3, a), e/ou 990.º, n.º 3, CPC). Aparentemente, o recurso da decisão relativa à “atribuição provisória da casa” tem efeito meramente devolutivo, correspondente à regra geral (art. 647.º, n.º 1, CPC); e será este o efeito para quem sustenta que o incidente tem natureza cautelar⁴⁸, embora *sui generis*. Abstraindo desta qualificação e partindo do princípio de que o recurso visa a decisão no seu todo, diria que, atendendo ao espírito e não tanto à letra da lei, pode defender-se estarmos perante decisão equiparável às referidas na alínea b) do n.º 3 do art. 647.º CPC. A ser assim, o efeito do recurso seria suspensivo, porquanto está indirectamente em causa a perda do direito de utilizar a casa por parte de um dos cônjuges. Assim não se entendendo, poderia considerar-se paradoxal atribuir-se, sem mais, efeito suspensivo à sentença respeitante (ou também respeitante) à “atribuição da casa”⁴⁹ e ser outro o efeito do recurso da decisão relativa à “atribuição provisória da casa”. Na verdade, poder-se-á dizer que aquela sentença é proferida em processo no âmbito do qual a ponderação dos factos e das circunstâncias relevantes tenderá a ser mais apurada, não raro mediante a produção de prova mais consistente. É claro que as circunstâncias variam consoante o caso; e que não será porventura indiferente ter ou não ter sido proferida decisão provisória. Poder-se-ia então ponderar melhor a hipótese de os recursos em apreço terem ou não terem efeito suspensivo. Quem mais sabe melhor ponderará!

⁴⁸ Cf. art. 647.º, n.º 3, d), a *contrario sensu*, e cf. v.g. sumário de Ac. TRP de 11/03/1996 (9650058) e Ac. STJ de 20/10/2005 (05B2152). Esta qualificação é questionável (cf. *supra* nota 12). Abstraindo dela, apenas encontrei acórdãos em que o efeito do recurso é *aludido* no relatório: em Ac. TRP de 05/02/2013 (*cit. supra* nota 20) alude-se a «subida imediata, em separado e com efeito suspensivo»; em Ac. TRP de 11/03/2014 (*cit. supra* nota 32) alude-se a «apelação, com efeito devolutivo».

⁴⁹ Independentemente de a questão ter ou não ter sido objecto de decisão provisória e, portanto, de ter eventualmente igual premência resolvê-la; e independentemente de, tendo havido decisão provisória, e entendendo-se que ao recurso desta pode ser atribuído efeito suspensivo, a sentença respeitante (ou também respeitante) à “atribuição da casa” — ante a *pre-mência da necessidade*» considerada (expressão de Pereira COELHO, «Anotação» *cit.* nota 5 *supra*, p. 207) — atribuir ou não atribuir “a casa” ao mesmo cônjuge. Aliás, sendo aplicável o art. 1778.º-A CC, o recurso da sentença que decreta o divórcio e atribui “a casa” (sem homologar acordo quanto à matéria, que pode não ter existido), tem efeito suspensivo. E efeito suspensivo terá o recurso da sentença que, por circunstâncias supervenientes, resolva o arrendamento forçado da casa ou altere «o regime fixado» quanto ao *destino* dela (art. 1793.º, n.ºs 2 e 3, CC).