

DIREITO DA FAMÍLIA/TAN/19 de Janeiro de 2016

Prof.^a Margarida Silva Pereira

Dr. Lourenço Noronha dos Santos

Mestre Sofia Vasconcelos Casimiro

A

Resolução do caso prático

Ana e Bruno celebram um acordo segundo o qual se casarão no prazo de um ano e estipulam que, em caso de incumprimento de qualquer das partes, a outra será ressarcida em 50 mil €.

Trata-se de um contrato de promessa de casamento, figura que o art.º 1591.º do Código Civil contempla. A hipótese não menciona a forma deste acordo. Uma vez que a lei não se pronuncia sobre a matéria, vigora o princípio da liberdade de forma.

Ana tem 18 anos e Bruno 15 (a hipótese afirma que celebrará o seu 16.º aniversário posteriormente, em Agosto).

A promessa de casamento é, pois celebrada entre uma pessoa maior de idade e por um menor.

As promessas de casamento estão submetidas a um duplo requisito de fundo.

Por um lado, aplica-se-lhe o princípio geral dos negócios jurídicos praticados por menores. Assim, vigora para este negócio jurídico o regime do art.º 125.º: o negócio jurídico praticado por menor pode ser anulado pelas pessoas que a lei indica.

Por outro lado, nunca fará sentido que a promessa de casamento seja válida, desde que seja celebrada por alguém sobre quem recai um impedimento dirimente absoluto, como é o caso de Bruno: que, com 15 anos, não tem idade para casar (impedimento dirimente absoluto, nos termos da alínea a) do art.º 1601.º).

No caso, o problema não se coloca, uma vez que se verifica o vício negocial acima referido.

Vigora para este contrato o regime do art.º 125.º: o negócio jurídico praticado por menor pode ser anulado pelas pessoas que a lei indica.

Sendo inválida a promessa, a retratação e o seu regime não se aplicam. Como não se aplica a obrigação de ressarcir pelas despesas entretanto efectuadas.

É verdade que noutras circunstâncias – caso o contrato fosse válido – o incumprimento da promessa de casamento não dá direito a reclamar outras indemnizações que não sejam as previstas no 1594.º. Aquele que se desvincula “sem justo motivo” (n.º 1 do art.º 1594.º) deverá indemnizar o esposado inocente, bem como os pais deste ou terceiros que tenham agido em nome dos pais” (*idem*, n.º 1). A lei aplica a esta obrigação de indemnização um critério especial, para que em nenhum caso a obrigação de ressarcir por incumprimento da promessa de casamento seja uma forma, ainda que indirecta, de restringir a liberdade de casar, levando a parte que se desinteressou do casamento a celebrá-lo, a fim de não ter de incorrer em despesas. Por isso, o n.º 3 do art.º 1594.º estipula que a indemnização seja fixada “segundo o prudente arbítrio do tribunal”,

Neste caso, sendo a promessa de casamento inválida, cumprirá a Ana restituir a quantia que Carla adiantou para ocorrer às despesas de casamento nos termos do enriquecimento sem causa (a avó Carla agiu em representação dos pais de Ana, de acordo com a interpretação que se confere à expressão contida no n.º 1 do art.º 1594.º: agiu “em nome dos pais”).

Bruno desvincula-se de um contrato promessa de casamento inválido e decide casar com Diana. Necessita do consentimento dos pais, o qual pode ser suprido pelo conservador (art.º 1612.º). A falta de consentimento ou do seu suprimento consubstancia impedimento impediante (artigo 1604.º, al. a), do CC) que determina sanção patrimonial (art.º 1649.º).

A hipótese afirma que os nubentes estipulam cláusulas relativas ao mesmo negócio jurídico num documento.

Este documento poderá conter as estipulações relativas ao regime de bens do casamento e à administração de bens pelos cônjuges, ou todas as matérias sobre que acordam – a hipótese não o explicita.

A fixação do regime de bens do casamento, bem como de outras matérias acerca do mesmo casamento, pode ser objecto de convenção antenupcial (art.º 1698.º), celebrada perante funcionário do registo civil ou por escritura pública (art.º 1710.º). De outro modo serão consideradas inválidas (*idem*, art.º 1710.º).

Os nubentes apõem uma condição resolutiva ao casamento (durará enquanto o amor durar”. Nos termos do art.º 1577.º, o casamento é dissolúvel: o seu regime é o regime legal (“contrato celebrado nos termos das disposições deste Código”), pelo que a cláusula não releva. Deverá, segundo o n.º 2 do art.º 1618.º

Abole um dos deveres conjugais legalmente tipificados. Uma tal disposição não poderá ser objecto de convenção antenupcial, da alínea b) do n.º 1 do art.º 1699.º, estando ferida de nulidade.

Afirma a convenção antenupcial que vigora neste casamento um regime de bens “semelhante ao de comunhão de adquiridos, mas sendo o salário de um dos cônjuges bem próprio e o do outro, bem comum”. A atipicidade do regime de bens é legalmente permitida, como se viu *supra*. Já o antagonismo entre a qualidade do salário, bem próprio se pertencer a um dos cônjuges, bem comum se pertencer ao outro, levanta mais dificuldades e objecções.

E, se bem que nesta matéria o legislador contemple a comunicabilidade do salário (regimes de comunhão, mistos) ou incomunicabilidade (regime de separação) é de duvidosa harmonia com o princípio da dignidade e da igualdade dos cônjuges (art.º s 1.º, 13.º e n.º 1 do art.º 36.º da Constituição da República; n.º 1 do art.º 1671.º do Código Civil) tratar diferentemente o produto do trabalho, em princípio, o meio de subsistência normal e comum. O trabalho projecta a personalidade, pelo que titularidades diversas tendem a revelar-se incompatíveis com o princípio da dignidade, da igualdade dos cônjuges perante a lei e faz perigar a direcção conjunta da sociedade conjugal. Por seu lado, o n.º 2 do art.º 280.º do Código Civil determina a nulidade dos negócios contrários à ordem pública.

Também a administração por Diana do salário de ambos os cônjuges fere a alínea c) do n.º 1 do art.º 1699.º e alínea a) do art.º 1678.º. A cláusula é igualmente nula.

A convenção antenupcial é assim inválida. Se apenas o fosse parcialmente, segundo o princípio do aproveitamento dos negócios, por redução, seria essa parte considerada vigente (art.º 292.º).

O regime de bens do casal é, de acordo com o entendimento que sustentamos, o regime supletivo, de comunhão de adquiridos.

Diana contrai uma dívida que não se afigura é subsumível ao elenco do art.º 1691.º.

Assim, a dívida é da sua responsabilidade. Pela mesma, respondem os seus bens (é ela o cônjuge devedor) e subsidiariamente a sua meação nos bens comuns. Ao mesmo tempo que os seus bens próprios, responde o produto do seu trabalho tal como os bens levados para o casamento a título gratuito ou sub-rogados no lugar deles (art.º 1696.º).

Poderá, todavia, admitir-se que, tendo-a contraído como cônjuge administrador e em proveito do casal, (Diana compra um carro valioso muito abaixo do seu valor: “uma bagatela”), a dívida responsabilizasse também Bruno. Nesse caso, responderiam pela dívida contraída os bens comuns do casal e, na falta ou insuficiência destes, solidariamente, os bens próprios de qualquer dos cônjuges (n.º 1 do art.º 1695.º).

Ao saber que Diana é a “misteriosa viúva do seu irmão Gabriel”, Bruno entende que o casamento chegou ao fim. Como viúva de um colateral no 2.º grau do seu cônjuge, Diana é afim de Bruno na linha colateral e no mesmo grau (art.º s 1578.º, 1584.º e 1585). Porém, esta relação familiar não obstará ao casamento. Se é certo que a afinidade não cessa por morte de um dos cônjuges (apenas cessa por divórcio ou invalidade do casamento, nos termos do art.º 1585.º), só a afinidade na linha recta constitui impedimento dirimente relativo (alínea c) do art.º 1602.º). Assim, o casamento não seria inválido, e logo anulável, pois trata-se de um casamento civil, por este facto.

Não diz a hipótese se Diana sabia da relação de afinidade e a ocultou. Não cremos, contudo, que este desconhecimento motivado por Diana em Bruno constitua erro sobre qualidades essenciais de Diana. E por isso, não vemos que compita aplicar o art.º 1636.º, cuja cláusula aberta não se afigura susceptível de integrar a situação em causa.

Todavia, sublinha-se que o conceito indeterminado “qualidades essenciais da pessoa do outro cônjuge” vem sendo interpretado por parte da doutrina como um conceito amplo; e que muitos dos “candidatos” à integração no art.º 1636.º não mostram mais força inclusiva do que o erro sobre relação familiar. Nessa medida, não é de excluir a consideração de que o erro de Bruno acerca de Diana seja um erro/vício.

Se o casamento fosse anulável, por verificação de impedimento dirimente relativo poderia Hernandez, colateral de Bruno no 2.º grau, intentar a acção de anulação (n.º 1 do art.º 1639.º). Já no caso de verificação de erro vício do art.º 1636.º apenas o cônjuge vítima do erro poderá intentar a acção de anulação (art.º 1641.º). E, em caso de morte do cônjuge vítima de erro poderão prosseguir na acção os seus parentes ou afins na linha recta, herdeiros ou adoptantes. Hernandez não reúne os requisitos de parentesco e seria herdeiro de Bruno apenas no caso de Bruno o haver instituído testamentariamente.

Já será admissível que Bruno requeira o divórcio. Poderá, caso Diana não aceite divorciar-se por mútuo consentimento, interpor uma acção sem o consentimento do outro cônjuge, invocando ruptura do casamento, sustentada na perda de confiança no cônjuge que não lhe revelou algo que para si era determinante (n.º s 1 e 2 dos art.º s 1773, 1779.º, 1781.º). Cabe nesse último caso ao juiz a extremamente difícil tarefa de determinar a gravidade da situação e a medida em que impeça a subsistência do casamento. Numa primeira fase, deveria proceder à tentativa de reconciliação dos cônjuges, apenas prosseguindo com a acção caso tal não fosse sucedido art.º 1779.º).

Diana afirma que concede o casamento, desde que a partilha se faça nos termos do regime de bens acordado, atípico. Sustentámos que esse regime era inválido e que vigorava a comunhão de adquiridos, regime legal supletivo. É apenas nos termos deste regime de bens, ou de outro mais restrito na comunhão de bens, que a lei admite que se proceda à partilha por dissolução de casamento, de acordo com o art.º 1790.º). Caso a convenção antenupcial fosse considerada válida no que respeita ao regime de bens, uma vez que o regime convencionado restringia os bens comuns em regime de comunhão de adquiridos (pois o salário de um dos cônjuges era considerado bem próprio) tal seria igualmente possível.

Hernandez considera que pode invalidar o casamento pelo facto de Diana ser afim na linha colateral. Vimos que tal não releva. E, quanto ao casamento que Bruno pretende contrair com Isabel, filha de Diana?

Isabel é filha de Gabriel e Diana. Assim, será colateral no 3.º grau de Bruno (art.º s 1580.º e 1581.º). A lei considera que esta relação de parentesco constitui impedimento impediante: alínea c) do art.º 1604.º. O conservador pode, no entanto, autorizar tal casamento, designadamente, concluindo que não se verificam os pressupostos da restrição matrimonial: aparentemente, não havia proximidade familiar (Bruno desconhecia a mulher de Gabriel; não sabemos se desconhecia a sobrinha Isabel) e, sobretudo, não há probabilidade consistente de ascendente de um sobre o outro, devida à relação de parentesco, pois as idades serão muito próximas.

Porque Diana, mãe de Isabel, foi casada com o seu tio Bruno, suscita-se a questão de se ter gerado uma relação de afinidade entre Isabel e Bruno, neste caso, no 1.º grau da linha recta. Será que uma relação de parentesco cumula com uma relação de afinidade, ou entende-se que prevalece a primeira, pois que a *ratio legis* da afinidade é estender a relação familiar através do casamento a pessoas que inicialmente não eram familiares umas das outras? Será que a ordem pública, que se viola quando casam afins na linha recta (circunscrita aos casos de casamento que cessa por morte de um dos cônjuges) tem aqui aplicação, podendo aduzir-se o argumento de que uma relação de parentesco tem projecção jurídica e sentido social que prejudica a relevância das relações resultantes do casamento?

Em todo o caso, no momento em que porventura se case com Isabel, Bruno estará divorciado de Diana, a menos que o casamento seja contraído com impedimento dirimente absoluto (alínea c) do art.º 1601.º) e seja inválido.

Porém, se o casamento de Bruno e Diana viesse a celebrar-se sem autorização do conservador, tal implicaria para qualquer dos cônjuges a “incapacidade para receberem do seu consorte qualquer benefício por doação ou testamento” (n.º 2 do art.º 1650.º). É certo que a lei faz incidir estes efeitos sobre “o tio ou a tia”, e não sobre ambos os cônjuges. Cremos, porém, que uma interpretação compatível com o princípio da igualdade supõe a aplicação das consequências jurídicas mencionadas a ambos os cônjuges. E sublinha-se igualmente que a “impossibilidade de receber benefícios por testamento” tem um sentido muito reduzido face ao actual direito sucessório, que considera o cônjuge sobrevivente herdeiro legitimário e o coloca na primeira classe dos sucessíveis.

Rosalina e Pedro não conseguiram procriar e solicitaram a Teresa que aceitasse ser gestante no lugar de Rosalina, sendo inseminada com material genético do casal.

Enfrentamos a maternidade de substituição, ou maternidade sub-rogada, na modalidade em que os intervenientes são o casal doador, intervindo a gestante pela intervenção através do uso do seu corpo, e mais directamente, do seu útero.

A situação é proibida pela ordem jurídica portuguesa. É-o directamente pelo art.º 8.º da Lei n.º 32/2006, de 26 de Junho, alterada pela Lei 59/2007, de 4 de Setembro, mas admite-se que o seja pela própria interpretação do texto constitucional. A este respeito, porém, divergem as opiniões, sendo a figura admitida por vários países. Decisões recentes do tribunal europeu dos Direitos Humanos consideraram que se subsumem ao conceito de família (“família de facto”) casais que têm ao seu cuidado criança gerada com o seu material genético mas por terceira (Mennesson & Labassée c. France, de 26 de Junho de 2014).

Assumindo a maternidade da Vitinha, Teresa toma o estatuto que a lei lhe comete. Sempre será ela considerada mãe da criança (n.º 3 do art.º 8.º da Lei).

Teresa procede ao registo da Vitinha, do qual constará a menção de maternidade (art.º 1796.º).

Caso o registo de maternidade de Vitinha fosse omissivo, nos termos do art.º 1806.º, poderia Teresa fazer a declaração de maternidade. Há também possibilidade de proceder-se à averiguação oficiosa nos termos do art.º 1808.º. A maternidade pode ainda ser reconhecida em acção especialmente intentada pelo filho para esse efeito (art.º 1814.º) e prosseguir, em caso de falecimento do autor ou dos réus, nos termos do art.º 1825.º.

B

TÓPICOS DE CORRECÇÃO

I

(i) Enquadramento geral da promessa de casamento (artigos 1591.º a 1595.º do CC).

Nota prévia: dado que Bruno é menor, a promessa de casamento é inválida, aplicando-se-lhe o regime da anulabilidade *supra* referido. Todavia, a correcção atenderá aos conhecimentos demonstrados acerca do conteúdo “promessa de casamento”.

Efeitos jurídicos da promessa de casamento: não dá direito a exigir a celebração do casamento nem a reclamar outras indemnizações que não sejam as previstas no 1594.º CC (artigo 1591.º do CC). Aplicando o artigo 1594.º do CC, conclui-se que B deveria indemnizar C pelo pagamento do sinal para utilização da discoteca, uma vez que o casamento não se realizou por motivo de incapacidade de B com dolo deste e dos seus representantes legais (n.º 2 do artigo 1594.º do CC) e a despesa foi feita com vista à realização do casamento (n.º 1 do mesmo artigo). Na fixação da indemnização devem atender-se aos critérios fixados no n.º 4 do mesmo artigo.

(ii) Acordo celebrado entre B e D:

Como ponto prévio deve pressupor-se que estamos perante uma convenção antenupcial (artigos 1698.º e segs. do CC) pois é a única forma válida de regular o regime de bens, devendo esta ser celebrada antes do casamento e sujeita a certas condições de forma, entre outras (v.g., artigo 1710.º do CC). Quanto ao afastamento do dever de fidelidade como dever imperativo (artigo 1672.º do CC) sabemos que este não pode ser afastado pelas partes, cabendo mesmo nos limites ao objecto da convenção antenupcial (artigo 1699.º, n.º 1, al. a), *in fine*); entende-se a cláusula como não escrita (artigo 1618.º, n.º 2, do CC) e o acordo sujeito a redução (artigo 292.º do CC). No que respeita à cláusula que fixa que o casamento só vai manter-se enquanto o amor durar: sujeição do casamento a uma condição resolutiva, que se considera não escrita (artigo 1618.º, n.º 2, do CC), levando de novo à redução do acordo (artigo 292.º do CC). No que respeita à fixação do regime de bens, está na disposição das partes a escolha do regime de bens, com limitações (por exemplo, as do artigo 1699.º, n.º 2, do CC) e o regime escolhido parece estar de acordo com as

regras legais. Considera-se que a divergência entre a consideração de um salário como bem próprio e o outro como bem comum é contrária à Constituição (artigos 1.º, 13.º e 36.º 1 e 2 da CRP) e à ordem pública (art.º 280.º CC). A cláusula sobre administração é inválida (artigo 1699.º, n.º 1, al. c), e artigo 1678.º, n.º 2, al. a), ambos do CC).

(iii) Enquadramento geral do regime de dívidas dos cônjuges (artigo 1690.º e segs. do CC):

Não cabendo no artigo 1691.º do CC, a dívida terá de considerar-se da responsabilidade exclusiva da D (artigo 1692.º, al. a), do CC).

No entanto, não é de excluir a subsunção da dívida ao artigo 1691.º: desde que contraída pelo cônjuge administrador e no proveito comum do casal. Aplicar-se-ia nesse caso o regime de responsabilidade do artigo 1695.º CC.

(iv) Aparentemente, está de acordo com o artigo 1790.º do CC. Mas eventuais desvios resultantes do desvio ao regime de comunhão de adquiridos devem ser corrigidos à luz desse artigo.

(v) Argumento que pode ser invocado em ambos os casamentos:

Menoridade de B, que necessita de autorização dos pais (ou suprimento da autorização pelo conservador, nos termos do artigo 1612.º do CC. Caso não tenha lugar, resulta tão só em impedimento impediante (artigo 1604.º, al. a), do CC) que determina meramente sanção patrimonial do artigo 1649.º do CC.

Argumento contra casamento entre B e D: D era afinal afim no segundo grau da linha colateral (artigo 1585.º do CC), mas tal não é relevante para efeitos de impedir o casamento (apenas a afinidade na linha reta (artigo 1602.º, al. d), do CC).

Argumento contra casamento entre B e F: para além de B estar ainda casado (artigo 1601.º, al. c), do CC), existe um parentesco no terceiro grau da linha colateral (artigos 1604.º, al. c), 1609.º, n.º 1, al. a), bem como n.º 2 e 3 deste artigo, e artigo

1650.º, n.º 2). Existe ainda uma afinidade no primeiro grau da linha reta (artigos 1602.º, al. d), 1631.º, al. a), 1632.º, 1639.º e 1643.º, todos do CC).

II

1. Enquadramento geral da procriação medicamente assistida (Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, alterada pela Lei n.º 59/2007, de 4 de setembro, adiante LPMA), nomeadamente a sua noção, quem pode beneficiar e as condições para beneficiar. Os factos descritos configuram o recurso à figura da maternidade de substituição (artigo 8.º, n.º 2, da LPMA), o que determina: nulidade dos respetivos negócios jurídicos (artigo 8.º, n.º 1, da LPMA); e responsabilidade criminal se negócio oneroso (artigo 39.º, n.º 1, da LPMA).

2. Artigo 8.º, n.º 3 da LPMA.

3. Artigos 1796.º n.º 1, e 1806.º, ambos do CC, e ainda a figura da averiguação oficiosa (artigos 1808.º e segs. do CC) e eventual reconhecimento judicial (artigos 1814.º a 1825.º do CC).