

## Tópicos de correção

### Grupo I.A

A forma de celebração da convenção (artigo 1710.º) e a capacidade (artigo 1708.º/1) não levantam problemas.

Conteúdo da convenção:

Cláusula a): no regime supletivo de comunhão de adquiridos (artigo 1717.º), os frutos dos bens próprios são comuns (artigo 1728.º/1 *a contrario*) e artigo 1733.º/2. Não se trata de uma regra injuntiva e os nubentes podem estipular a comunicabilidade dos frutos de um imóvel próprio, à luz do princípio da liberdade de convenção antenupcial (artigo 1698.º). Limitam-se a repetir o que resulta dos referidos preceitos, embora, como veremos este regime seja atípico e não se trate do regime da comunhão de adquiridos.

Cláusula b): também no regime supletivo os bens adquiridos após o casamento por sucessão são próprios (artigo 1722.º/1/b), estando, igualmente, em causa uma regra que pode ser afastada, devido ao seu caráter supletivo (artigo 1698.º). Poder-se-ia entender que era violado o artigo 1699.º/1/d, quanto aos bens referidos no artigo 1733.º/1/a, sendo a cláusula parcialmente nula.

Regime de bens: os nubentes optaram por um regime atípico misto, de tipo modificado, tendo por base o regime da separação de bens, na medida em que estipularam a incomunicabilidade dos seus bens presentes e futuros, embora com um desvio do tipo “separação de bens”, determinando o caráter comum de alguns bens adquiridos após o casamento. A opção por um regime atípico é admitida com base no princípio da liberdade de convenção antenupcial (artigo 1698.º).

### Grupo I.B

1. O imóvel sito em Lisboa era um bem próprio de Marcos. No entanto, carece do consentimento de ambos os cônjuges a alienação de um imóvel próprio, “salvo se entre eles vigorar o regime de separação de bens”. No que se refere aos regimes atípicos, mais importante do que determinar o regime base, é saber se os frutos do bem próprio são comuns, ou se são um bem próprio do titular do imóvel. A *ratio* do preceito prende-se com a salvaguarda da posição patrimonial do cônjuge que não é titular do imóvel, visto que, conforme referido na resposta ao grupo I.A, os frutos dos bens próprios são comuns no regime da comunhão de adquiridos. Menos plausível se afigura a posição de que o preceito se prende com a salvaguarda do património conjugal do casal, pelo que o mais importante seria determinar o regime que serve de base para o regime atípico é o regime da separação de bens (Sofia Henriques), visto que o preceito deve ser interpretado no mesmo modo que o artigo 1683.º/2, não se vendo razão para uma interpretação diversa. No caso concreto, seguindo qualquer uma das posições a resposta seria a de que é necessário o consentimento de ambos os cônjuges para a alienação do imóvel, cujos frutos são comuns.

### Grupo II

Visto que não se trata de uma dívida relacionada com um bem, será aplicável o regime geral de dívidas do artigo 1691.º. Não se trata de uma situação em que a dívida tenha sido contraída com o consentimento do outro cônjuge, o que exclui a aplicação da alínea a) do n.º 1. Por outro lado, não está em causa uma dívida contraída para ocorrer “aos encargos normais da vida familiar”, até porque não se pode entender que se trate de um encargo *normal*. A normalidade do mesmo pode ser determinada tendo em conta o nível de vida do casal. De qualquer modo, não se trata sequer de um encargo da vida familiar. Finalmente, não se pode dizer que o cônjuge esteja a agir como administrador, e nos limites dos seus poderes de administração, porque, ao adquirir o imóvel, André não está a administrar qualquer outro bem (pressuposto no qual se aplica o artigo 1691.º/1/c). Acresce que, mesmo que esse não fosse o caso, não haveria proveito comum, visto que apenas André disfrutará do imóvel em causa. Este proveito não se presume (artigo 1691.º/3). Finalmente, embora o regime de bens seja o da comunhão geral de bens, não está em causa uma dívida contraída antes do casamento. O

artigo 1691.º/2 não se aplica, portanto. A dívida tem a data do facto de lhe deu origem (artigo 1690.º/2), ou seja, a celebração do contrato através do qual André adquiriu o imóvel. Respondem os bens previstos no artigo 1696.º.

### Grupo III

As modalidades de divórcio no direito português vêm previstas no artigo 1773.º/1: este pode ser por mútuo consentimento ou sem consentimento de um dos cônjuges. Para a segunda modalidade de divórcio referida, temos de atender aos fundamentos objetivos previstos no artigo 1781.º. Isto significa que o denominado “divórcio a pedido” não é admitido na nossa ordem jurídica, de outro modo, far-se-ia interpretação abrogante do preceito referido. De qualquer forma, o artigo 1781.º/d, consagra uma cláusula geral neste âmbito, na qual poderá relevar a própria violação de um dever conjugal. Já não se trata de um sistema de divórcio sanção, mas um sistema misto de divórcio remédio e divórcio constatação da rutura. Por isso, a violação de um dever conjugal releva como um facto objetivo, para constatar a rutura definitiva do casamento. A verificação de uma única violação do dever de fidelidade (artigo 1672.º), que deve ser entendido como a proibição de cometer adultério (excluindo-se o conceito de fidelidade moral, que se reporta ao dever de respeito) não constitui, por si só, um facto que demonstre a rutura definitiva do casamento, ainda que subjetivamente tenha sido a causa da perda de afeto de um dos cônjuges sobre o outro. O afeto releva no Direito da Família, mas não neste âmbito (cfr. v.g. a Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo). A lei impõe, fora da existência de um facto objetivo que mostre a rutura definitiva do casamento, a separação de facto pelo menos por um ano (artigo 1781.º/a). Será que o pedido de divórcio pode configurar um facto que mostre tal rutura definitiva do casamento? Seria uma interpretação que esvaziaria o artigo 1781.º de qualquer sentido. No entanto, também se pode perguntar se faz sentido exigir que um dos cônjuges seja infiel várias vezes para o outro poder pedir o divórcio. Aceita-se, por isso, que uma única violação do dever de fidelidade, *associada a outros factos objetivos, possa justificar a admissibilidade do divórcio sem consentimento de um dos cônjuges*.

Quanto aos argumentos invocados por Jorge e Fernanda para se defenderem, os argumentos de Jorge já encontraram resposta nos considerandos anteriores. Pelo contrário, em relação a Fernanda, tudo reside em saber se as relações jurídicas familiares são oponíveis *erga omnes*, sendo, por isso, admissível a teoria do “terceiro cúmplice”, neste caso, Fernanda. Uma grande parte da doutrina entende que não faria sentido pedir uma indemnização a Rita, visto que estão em causa questões íntimas, em que o Direito não deve ter qualquer intervenção (“fragilidade da garantia” das situações jurídicas familiares). No entanto, sendo o casamento substancialmente diferente da união de facto, como se retira dos seus efeitos, das formalidades na constituição do vínculo, e da sua proteção constitucional, Duarte Pinheiro defendeu essa oponibilidade *erga omnes* na sua dissertação de doutoramento. Trata-se de uma posição que já teve alguns ecos na nossa jurisprudência, no que se refere ao denominado “direito à sexualidade conjugal” e que já não é seguida nesta regência (Daniel Morais). Fernanda não teria, por isso, de responder civilmente perante Sara. O aluno devia conhecer ambas as posições e optar por uma.

### Grupo IV

O divórcio por mútuo consentimento, para ser administrativo exige que haja acordo quanto ao próprio divórcio e igualmente quanto aos acordos complementares previstos no artigo 1775.º/1, nomeadamente, quanto ao exercício das responsabilidades parentais. O modelo injuntivo de exercício das responsabilidades parentais em caso de divórcio resulta do artigo 1906.º. À luz deste preceito, a admissibilidade, ou até a injuntividade do modelo de guarda alternada, não é clara, visto que o nosso legislador não quis impor esse modelo rigidamente numa sociedade em que o mesmo ainda começava a ser admitido. O aluno devia discutir a admissibilidade da guarda alternada à luz do preceito em causa, nomeadamente, dos seus n.ºs 3, 6 e 7. Não parece hoje aceitável recusar este modelo na nossa lei, visto que outros diplomas legais já se reportam igualmente à residência alternada. Por outro lado, os pais não podem ser privados do contacto com os seus filhos de modo injustificado, o que acontece quando um dos progenitores decide sobre todas as questões da vida corrente, enquanto o outro, subalternizado no seu papel, apenas decide as questões de particular importância. Também não é de subscrever a posição daqueles que defendem que o modelo em causa pode ser afastado no divórcio por mútuo consentimento (Clara Sottomayor), ou daqueles que veem na decisão conjunta das questões de particular importância um direito de veto dos pais sobre as decisões das mães que são quem cuida da criança (Rita Lobo Xavier).

Exame de Direito da Família \* 2.º ano (Noite – realizado à distância) \* Regência do Professor Doutor Daniel Morais \*  
08 de setembro de 2020 \* Duração: 1h30

Quanto à cláusula b), em caso de conflito, as questões de particular importância são decididas pelo Tribunal e não por um terceiro qualquer designado pelos progenitores (artigo 1901.º/2 e 3, *ex vi* artigo 1906.º/1).