

Separata

de

Lex Familiae

Revista Portuguesa de Direito da Família

Ano 8 — n.º 15 — Janeiro / Junho 2011

CRISTINA DIAS



AL VIND AD QVINE

Coimbra Editora

Centro de
Direito da
Família

Doutrina

A PARTILHA DOS BENS DO CASAL NOS CASOS DE DIVÓRCIO

A SOLUÇÃO DO ART. 1790.º DO CÓDIGO CIVIL (*)

Cristina Araújo Dias

Professora da Escola de Direito da Universidade do Minho

I. Notas prévias

Cessando as relações patrimoniais entre os cônjuges ⁽¹⁾ deve proceder-se à partilha dos bens do casal, nos termos do art. 1689.º do Código Civil ⁽²⁾ ⁽³⁾.

(*) Texto escrito conforme o Acordo Ortográfico.

⁽¹⁾ E estas cessam pela dissolução, declaração de nulidade, anulação do casamento (art. 1688.º do Código Civil) ou com a separação de pessoas e bens (arts. 1688.º e 1795.º-A do mesmo código).

⁽²⁾ Sempre que no texto sejam citados artigos, sem indicação expressa do diploma a que pertencem, a menção reporta-se ao Código Civil.

⁽³⁾ A partilha proceder-se-á também no caso de ser decretada a simples separação judicial de bens (art. 1770.º) ou declarada a ausência (art. 108.º) ou a insolvência de qualquer dos cônjuges (art. 141.º, n.º 1, al. b), do CIRE, e, mesmo no caso de insolvência de ambos os cônjuges (arts. 264.º e segs. do CIRE), o art. 266.º do CIRE determina que os bens comuns e os bens próprios de cada um dos cônjuges são inventariados, mantidos e liquidados em separado — Pereira Coelho/Guilherme de Oliveira, *Curso de Direito da Família*, vol. I, 4.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2008, p. 428. De igual modo, à partilha proceder-se-á no caso de execução de bens comuns por dívida própria de um dos cônjuges (arts. 825.º e 1406.º do Código de Processo Civil) ou no caso de modificação do regime de bens prevista em convenção antenupcial sujeita a termo ou condição (Esperança Pereira Mealha, *Acordos conjugais para partilha dos bens comuns*, Coimbra, Almedina, 2004, p. 68).

O art. 1689.º corresponde aos arts. 1113.º, 1123.º, 1124.º e 1133.º do Código de Seabra. Adotou-se uma orientação sistemática diferente da seguida naquele código, que regulava a matéria na parte relativa à comunhão geral (arts. 1113.º, 1123.º e 1124.º) e adaptava depois aos outros regimes algumas das ideias ali consagradas (arts. 1113.º e 1156.º e segs.). A partilha dos bens do casal e o pagamento das dívidas são matérias comuns a todos os regimes de bens, como consequência da cessação das relações patrimoniais entre os cônjuges, e, por isso, são reguladas atualmente nas disposições gerais relativas aos efeitos do casamento.

Assim, cada um dos cônjuges, ou os seus herdeiros, no caso de dissolução do casamento por morte, recebe os seus bens próprios e a sua meação no património comum (art. 1689.º, n.º 1).

Como veremos, a partilha em sentido amplo integra três operações: a separação dos bens próprios, a liquidação do património comum e a partilha propriamente dita.

Depois de analisarmos as referidas operações da partilha e as suas modalidades, debruçar-nos-emos sobre o regime da partilha dos bens do casal em caso de divórcio e sobre o disposto no art. 1790.º do Código Civil.

A partilha faz-se, por regra, de acordo com o regime de bens que vigorou entre os cônjuges. Ou seja, antes da celebração do casamento os nubentes podem escolher, em convenção antenupcial, um dos regimes de bens previstos no Código Civil ou um outro regime atípico, dentro dos limites da lei (art. 1698.º). Caso nada convençionem o casamento considera-se celebrado no regime de comunhão de adquiridos (art. 1717.º) ⁽⁴⁾.

⁽⁴⁾ Conforme escreve Rute Teixeira Pedro, "A partilha do património comum do casal em caso de divórcio. Reflexões sobre a nova redacção do

A partilha far-se-á, portanto, de acordo com o regime de bens convencional ou de acordo com o regime de bens supletivo. O nosso ordenamento jurídico assegura que a partilha se faça de acordo com as regras que regularam as relações patrimoniais entre os cônjuges no decurso do casamento. O art. 1790.º, como efeito do divórcio, surge como exceção a esta regra ⁽⁵⁾. Dispõe a norma que, em caso de divórcio, nenhum dos cônjuges pode na partilha receber mais do que receberia se o casamento tivesse sido celebrado segundo o regime da comunhão de adquiridos.

II. Operações e modalidades da partilha dos bens do casal

a) As operações da partilha

20

A dissolução, declaração de nulidade ou anulação do casamento (art. 1688.º) ou a separação de pessoas e bens (art. 1795.º-A) implicam o fim das relações patrimoniais entre os cônjuges. O estado

art. 1790.º do Código Civil", in AAVV, *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida*, vol. III, Coimbra, Almedina, 2011, pp. 437 e 438, ao regime de bens pode ser apontada uma dupla função: de organização patrimonial, na vigência do casamento, pela aplicação das normas que constituem o estatuto matrimonial primário (administração e disposição dos bens, regime da responsabilidade por dívidas...); de distribuição do acervo patrimonial, uma vez operada a cessação das relações patrimoniais entre os cônjuges aquando da dissolução da relação matrimonial.

⁽⁵⁾ A outra exceção à regra é apresentada no art. 1719.º, ou seja, os nubentes podem convencionar, para o caso de dissolução do casamento por morte de um dos cônjuges, quando haja descendentes comuns, que a partilha dos bens se faça segundo o regime de comunhão geral, seja qual for o regime adotado. Jorge Duarte Pinheiro, *O Direito da Família Contemporânea*, 2.ª ed., Lisboa, AAFDL, 2009, p. 606, considera que o art. 1719.º não tem caráter excepcional, "constituindo antes um exemplo de exercício da liberdade de escolha do regime de bens segundo o qual se fará a partilha".

de indivisão pós-comunhão terminará com a liquidação e partilha dos bens comuns, ou seja, o efeito da dissolução do regime matrimonial traduz-se na substituição da comunhão dissolvida por uma indivisão e na possibilidade de liquidação e partilha para lhe pôr fim.

Antes de se efetuar a partilha propriamente dita importa, para se determinar o que partilhar, proceder a uma série de operações. Em operação prévia à partilha, ainda que quase paralela, proceder-se-á à liquidação do regime matrimonial. Como operação preliminar a esta liquidação, é importante separar os bens próprios de cada um dos cônjuges do património comum (cfr., o art. 1689.º, n.º 1).

Assim, a partilha em sentido amplo integra três operações: a separação dos bens próprios, a liquidação do património comum (destinada a apurar o valor do ativo comum líquido, calculando as compensações e contabilizando as dívidas a terceiros e entre os cônjuges) e a partilha propriamente dita.

Como referem Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira, a separação dos bens próprios é uma operação ideal de exclusão que apenas ganhará importância quando a propriedade sobre um bem se torna objeto de litígio, quando o cabeça de casal inclui no rol dos bens comuns, sujeitos a partilha, um bem que o outro cônjuge, ou os seus herdeiros, consideram como bem próprio ⁽⁶⁾.

⁽⁶⁾ Pereira Coelho/Guilherme de Oliveira, *ob. cit.*, p. 429. Tais questões deverão ser resolvidas em ação comum, fora do processo de inventário (art. 1350.º, n.º 1, do Código de Processo Civil, e art. 18.º da Lei n.º 29/2009, de 29 de junho, cuja produção de efeitos depende da publicação da Portaria a que se refere o n.º 3 do seu artigo 2.º).

A liquidação inclui o relacionamento dos bens comuns (os bens e direitos qualificados como comuns pelas regras do regime de bens vigente durante o casamento, com as exceções, como já referimos, previstas nos arts. 1719.º e 1790.º), a correção de desequilíbrios pelo mecanismo das compensações e o pagamento de dívidas.

Cada um dos cônjuges deverá conferir ao património comum o que lhe dever, em virtude dos valores utilizados ou pagamentos efetuados por esse património a favor do património próprio de cada cônjuge. Esta operação implica o apuramento do saldo final das contas de compensações e a existência de um saldo credor a favor da comunhão, integrando tal valor o ativo da comunhão. O cônjuge devedor deverá compensar, nesse momento, o património comum pelo enriquecimento obtido no seu património próprio à custa da comunhão.

Importa referir que, atendendo ao disposto no art. 1689.º, parece-nos ser de defender que as compensações devidas pela massa comum a um dos cônjuges, e pagas por um acréscimo da sua meação nos bens comuns (ou pelos bens próprios do cônjuge não credor) terão de ser apuradas e imputadas ao cônjuge credor da compensação antes do pagamento das dívidas e liquidação do passivo da comunhão, no sentido de integrarem o passivo da mesma ⁽⁷⁾.

⁽⁷⁾ É o que acontece, aliás, no direito francês (cfr. os arts. 1470.º e segs. do Código Civil francês). Porém, ao contrário do que se verifica na lei francesa, o pagamento das compensações decorre entre nós de uma interpretação do art. 1689.º, no sentido de se efetuar, no caso de compensação a favor do cônjuge, por aumento da meação do cônjuge ou pelo pagamento com bens próprios do outro cônjuge ao cônjuge credor e empobrecido, não se prevendo a possibilidade de levantamento antecipado, antes da partilha propriamente dita, de bens comuns (onde o cônjuge credor da compensação concorre com os credores comuns). Por isso, atendendo a que o pagamento será feito, à partida, pela meação, poderíamos

Se, para proteção dos credores, as compensações devidas à comunhão integram a massa comum utilizável para pagamento das dívidas, as compensações devidas pela comunhão, para proteção do cônjuge credor empobrecido, deverão também ser, no momento da liquidação e apuramento do saldo final compensatório, reservadas a esse cônjuge, não integrando o ativo da comunhão para efeitos de pagamento de dívidas. Dizemos reservadas na medida em que o pagamento das compensações realiza-se por imputação ou aumento do seu valor na meação do cônjuge devedor ou credor e a atribuição concreta da meação apenas se verifica após o pagamento das dívidas. Porém, isso não impede que, uma vez apurada a compensação a favor de um dos cônjuges, o seu valor se considere excluído do ativo da comunhão para pagamento de dívidas e reservado ao cônjuge credor (ou seja, integrando o passivo comum, tal como as restantes dívidas a terceiros). As compensações a favor da comunhão, como já referimos, também integram a massa comum para efeitos de pagamento de dívidas, pois são valores que

supor o pagamento de dívidas antes da compensação ao cônjuge. Não perfilhamos tal entendimento e defendemos uma "reserva" por conta da meação do cônjuge credor, excluída do ativo comum tendente ao pagamento de dívidas. Ou seja, o valor das compensações devidas ao cônjuge, ainda que pago por meio da sua meação nos bens comuns, deverá integrar o passivo da comunhão tal como as restantes dívidas a terceiros (concorrendo o cônjuge credor com os terceiros credores no pagamento do seu crédito).

A situação é diferente da prevista no § 1378.º, 2.º, do BGB, em que a *Zugewinnausgleich* apenas é paga com o ativo restante depois de pagas as dívidas aos credores. De facto, neste caso trata-se de acautelar a posição de terceiros credores que têm o património do seu devedor como garantia geral das obrigações e não podem ser afetados pela sua transformação em adquiridos sujeitos à partilha. No caso de compensações trata-se de valores que não são da comunhão, ou seja, foi o cônjuge que pagou uma dada dívida comum sendo a responsabilidade do património comum. Por isso, tais valores devem ser excluídos do ativo da comunhão, por não lhe pertencerem.

fazem parte da comunhão e que constituem um crédito a favor dela desde o momento do facto gerador da compensação. De igual modo, as compensações a favor de um dos cônjuges (e do seu património próprio) constituem também um crédito desse cônjuge e um débito da comunhão, pois trata-se de valores que a comunhão indevidamente utilizou em seu benefício, nunca tendo sido dela.

O que poderá acontecer é que, fazendo parte do passivo da comunhão as dívidas a terceiros e as compensações devidas a um dos cônjuges (ou a ambos), concorram entre si os credores e o cônjuge para pagamento dos seus créditos, muito embora o cônjuge só seja pago, na altura da partilha, mediante a sua meação nos bens comuns⁽⁸⁾. Os terceiros credores e o cônjuge credor de uma compensação não deixam de ser credores face à comunhão, sem prejuízo das compensações, nos termos gerais de direito, de créditos e débitos compensatórios entre os patrimónios próprios dos cônjuges e o comum⁽⁹⁾ ⁽¹⁰⁾.

22

⁽⁸⁾ Solução diferente decorre, como vimos na nota anterior, da norma do § 1378.º, 2.º, do BGB, e também do disposto no art. 1403.º do Código Civil espanhol, onde as dívidas da comunhão a terceiros credores são pagas em primeiro lugar. Por outro lado, e no regime de comunhão geral, o § 1475.º do BGB determina como primeira operação da liquidação do regime o pagamento de dívidas comuns, entre as quais estão também as compensações devidas ao cônjuge.

⁽⁹⁾ Para uma análise mais detalhada da questão ver o nosso *Regime da responsabilidade por dívidas dos cônjuges — problemas, críticas e sugestões*, Coimbra Editora, 2009, pp. 890 e segs.

⁽¹⁰⁾ Parece-nos necessário estabelecer um regime específico, como operação própria da partilha da comunhão, para as compensações que, determinando o seu modo de avaliação e formas de pagamento, regulasse as compensações *stricto sensu* distinguindo-as de outras figuras como os créditos entre cônjuges e esclarecesse algumas dívidas que frequentemente se colocam no sistema actual. Defendemos que se deveria prever o levantamento prévio por parte do cônjuge credor da compensação como forma de pagamento, no seguimento do que já faz a lei francesa e a lei italiana, permitindo-se, desse modo, ainda que concorrendo com

De acordo com o art. 1689.º, n.º 3, as dívidas dos cônjuges um ao outro são pagas em primeiro lugar pela meação do cônjuge devedor no património comum e, não havendo bens comuns ou sendo estes insuficientes, pelos bens próprios do cônjuge devedor. De facto, e fazendo de igual modo parte das operações de liquidação e partilha da comunhão, há que atender às compensações devidas pela comunhão ao património próprio de um dos cônjuges.

Se não existe passivo (relativo a terceiros credores), cada um dos cônjuges recebe os seus bens próprios e a sua meação nos bens comuns, depois de efetuadas as devidas compensações⁽¹¹⁾. Feita a conferência dos bens devidos à massa comum⁽¹²⁾, deverá proceder-se à divisão desta, à partilha propriamente dita, entregando a cada um dos cônjuges a sua meação, que não será necessariamente igual a metade do património comum, atendendo às eventuais compensações que possam existir e ao seu eventual pagamento por imputação na meação do cônjuge.

Quando, porém, haja dívidas a pagar, uma vez completada a massa comum pelas compensações

os restantes credores comuns, salvaguardar a posição do cônjuge credor da compensação contra uma eventual insolvência do outro cônjuge.

Corroborando tal entendimento, o art. 1475.º, 1.º, do Código Civil francês, dispõe que depois de efetuados todos os levantamentos (*prélèvements*) sobre a massa comum, o restante será partilhado, por metade, entre os cônjuges.

⁽¹¹⁾ É evidente que existindo compensações devidas pela comunhão ao cônjuge, em virtude de outras transferências patrimoniais, o seu pagamento efetuar-se-á de modo a compensarem-se, integralmente ou em parte, umas pelas outras.

⁽¹²⁾ Não nos parece correto continuar a falar em comunhão depois da liquidação, uma vez que aquele património comum de afetação especial já não existe e, também por isso, já foi possível apurar e determinar o valor das compensações devidas.

devidas por um dos cônjuges ao património comum ⁽¹³⁾, o n.º 2 do art. 1689.º manda efetuar primeiro o pagamento das dívidas comunicáveis, à custa do património comum. Só depois de saldadas tais dívidas poderão ser pagas, à custa dos bens comuns, as dívidas restantes (cfr. o art. 1696.º). Se o património comum não for suficiente para o pagamento integral da dívida comum, poderá ser paga à custa dos bens próprios, de acordo com as regras específicas do regime que vigorou entre os cônjuges (cfr. o art. 1695.º). Portanto, o pagamento de dívidas a terceiros é regulado pelo art. 1689.º, n.º 2, ou seja, o património comum paga em primeiro lugar as dívidas comuns e só depois as dívidas próprias; os patrimónios próprios pagam indistintamente todas as dívidas (próprias e comuns) se os bens comuns não chegarem para pagar as dívidas comuns ⁽¹⁴⁾.

Uma vez pagas as dívidas e as compensações, procede-se à partilha propriamente dita. Só se partilha o ativo líquido, isto é, os bens comuns existentes depois de realizadas as operações de liquidação.

⁽¹³⁾ Se as compensações devidas pelos cônjuges apenas se efetuassem depois do pagamento das dívidas comuns, seria fácil ludibriar os credores da massa comum, esvaziando a comunhão de bens. É, contudo, o que parece decorrer dos §§ 1475.º e 1476.º, 2.º, do BGB. Ou seja, só depois de pagas as dívidas é que se considera a compensação devida pelo cônjuge à comunhão, por imputação desta na sua meação. Não podemos, todavia, esquecer que o direito alemão prevê uma especial proteção ao credor que não foi pago antes da partilha ou por não existirem bens comuns no § 1480.º do BGB.

⁽¹⁴⁾ Repare-se que os credores comuns, apesar de não terem qualquer preferência face aos credores próprios no caso de pagamento com bens próprios, estão numa posição mais vantajosa pois beneficiam do regime de solidariedade do art. 1695.º, n.º 1 (Pires de Lima, "Anteprojecto de dois títulos do novo Código Civil referente às relações pessoais entre os cônjuges e à sua capacidade patrimonial", *BMJ*, n.º 56.º, 1956, p. 24, e Pereira Coelho/Guilherme de Oliveira, *ob. cit.*, p. 441).

A partilha faz-se de acordo com o regime de bens que vigorou no decurso do casamento, com as exceções dos arts. 1719.º e 1790.º

De chamar também a atenção às atribuições preferenciais de bens previstas nos arts. 1731.º e 2301.º-A. A figura da atribuição preferencial visa a satisfação de interesses pessoais que o ordenamento jurídico considera dignos de tutela e que seriam gravemente lesados se a partilha se fizesse de forma rigorosamente igualitária. É o caso da continuação do exercício de uma dada atividade profissional ou empresarial ou o interesse em utilizar a casa de morada da família ou bens de uso pessoal ⁽¹⁵⁾.

b) As modalidades da partilha

Até à entrada em vigor da Lei n.º 29/2009, de 29 de junho, a partilha podia revestir duas modalidades, isto é, podia ser extrajudicial ou judicial. A partilha extrajudicial pressupõe o acordo de todos os interessados na mesma e corre fora dos tribunais. A partilha judicial era realizada mediante o processo de inventário e estava prevista nos arts. 1326.º e segs. do Código de Processo Civil.

Com a entrada em vigor da referida lei continuamos a ter modos extrajudiciais de realização da partilha, mas o processo de inventário passa a ser da competência dos serviços de registos a designar por portaria do membro do Governo responsável pela área da justiça e dos cartórios notariais (art. 3.º, n.º 1, da Lei n.º 29/2009, de 29 de junho), sem prejuízo do controlo geral do processo atribuído ao

⁽¹⁵⁾ Cfr. Pereira Coelho/Guilherme de Oliveira, *ob. cit.*, pp. 443 e segs.

juiz (arts. 3.º, n.º 1, *in fine*, 4.º e 6.º da Lei n.º 29/2009, de 29 de junho). Compete, assim, ao juiz decretar a sentença homologatória da partilha decidida pela conservatória ou cartório notarial. Mas o processo de inventário já não corre nos tribunais. Por isso, em vez de partilha judicial falaremos em partilha em processo de inventário à luz da Lei n.º 29/2009, de 29 de junho.

De referir, porém, que a referida lei, de acordo com o seu art. 87.º, deveria entrar em vigor a 18 de janeiro de 2010. Este artigo veio a ser alterado, primeiramente, pela Lei n.º 1/2010, de 15 de janeiro, que determinou que a Lei n.º 29/2009, de 29 de janeiro, afinal entraria em vigor a 18 de julho de 2010, e, depois, pela Lei n.º 44/2010, de 3 de setembro, que deixa de referir uma data para a entrada em vigor e apenas faz depender a produção de efeitos da Lei n.º 29/2009, de 29 de junho, da publicação da portaria a que se refere o n.º 3 do seu artigo 2.º Após estes recuos legislativos, gera-se a dúvida de saber se o processo de inventário é regido pela Lei n.º 29/2009, de 29 de junho, ou se se mantêm em vigor os arts. 1326.º e segs. do Código de Processo Civil, e, em consequência, quem tem competência para a tramitação dos processos de inventário (se as conservatórias do registo civil e cartórios notariais se os tribunais).

De acordo com a nova redação do art. 87.º da Lei n.º 29/2009, de 29 de junho, dada pela Lei n.º 44/2010, de 3 de setembro, o novo regime jurídico do processo de inventário só produzirá efeitos 90 dias após a publicação da portaria a que se refere o n.º 3 do art. 2.º da Lei n.º 29/2009, de 29 de junho. Isto significa, portanto, que o novo regime do processo de inventário ainda não produziu efeitos,

mantendo-se então o regime previsto no Código de Processo Civil, com a consequente competência dos tribunais para a tramitação do mesmo processo ⁽¹⁶⁾.

Assim, havendo acordo dos interessados, a partilha pode fazer-se nas conservatórias do registo civil, mediante os procedimentos simplificados de divórcio com partilha, ou por via notarial — apesar de o Decreto-Lei n.º 116/2008, de 4 de julho (e também o Decreto-Lei n.º 324/2007, de 28 de setembro), deixar de prever no art. 80.º do Código do Notariado a partilha no elenco dos negócios jurídicos sujeitos a escritura pública, compete aos cartórios notariais a autenticação de documentos particulares (arts. 150.º-152.º do Código do Notariado).

Quanto aos procedimentos simplificados de divórcio com partilha, estão previstos nos arts. 272.º-A a 272.º-C do Código do Registo Civil, regulamentado pela Portaria n.º 1594/2007, de 17 de dezembro, e com as alterações introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 247-B/2008, de 30 de dezembro, e correm no chamado balcão “Divórcio com Partilha”.

Assim, os cônjuges podem proceder à partilha dos seus bens comuns no âmbito do processo de separação

⁽¹⁶⁾ Sentindo necessidade de prestar um esclarecimento sobre o novo processo de inventário, o Ministério da Justiça, através do seu Gabinete de Imprensa, emitiu-o, no sentido referido no texto, e publicitou-o no site <http://www.mj.gov.pt/PT/Noticias/Eventos/ArquivoImprensa/2010/Paginas/Esclarecimento-sobre-Inventario.aspx>, consultado a 25 de outubro de 2011. Ai também pode ler-se que a portaria a que se refere o art. 2.º, n.º 3, da Lei n.º 29/2009, de 29 de junho, irá ainda ser debatida no Grupo de Coordenação Técnica de Implementação do Novo Regime do Inventário, presidida pelo representante do Ministério da Justiça, conforme Despacho do Ministro da Justiça n.º 14173/2010, de 2 de setembro.

No mesmo sentido do texto pronunciaram-se os acs. da RP, de 22-02-2011 (<http://www.dgsi.pt>, consultado a 30 de maio de 2011), e de 15-03-2011 (<http://www.dgsi.pt>, consultado a 30 de maio de 2011), e da RG, de 18-01-2011 (<http://www.dgsi.pt>, consultado a 30 de maio de 2011), de 22-2-2011 (<http://www.dgsi.pt>, consultado a 30 de maio de 2011), e de 03-05-2011 (<http://www.dgsi.pt>, consultado a 30 de maio de 2011).

de pessoas e bens ou de divórcio por mútuo consentimento ou na sequência de qualquer processo de divórcio, devendo instruir o seu pedido com um acordo da partilha do património comum ou pedido de elaboração do mesmo (art. 272.º-A, n.ºs 1 e 2, do Código de Registo Civil, com as alterações introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 247.º-B/2008, de 30 de dezembro, e arts. 1775.º, n.º 1, al. a), e 1794.º do Código Civil).

O procedimento simplificado de divórcio com partilha só pode ser realizado se no património comum existirem bens imóveis, ou móveis ou participação social sujeitos a registo, não existindo dúvidas quanto à identidade dos bens a partilhar e comprovando-se a titularidade dos bens (art. 272.º-A, n.º 3, do Código de Registo Civil, com as alterações introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 247.º-B/2008, de 30 de dezembro).

Fora estes casos, a partilha pode fazer-se por qualquer forma (art. 219.º). De facto, o recurso à via notarial, só existirá se as partes o entenderem ou for exigida formalidade especial em função dos bens a partilhar. Na realidade, e por força das alterações introduzidas pelos Decretos-Lei n.ºs 324/2007, de 28 de setembro, e 116/2008, de 4 de julho, a partilha do património comum, bem como do património hereditário, deixou de estar sujeita a escritura pública (v. art. 875.º do Código Civil e art. 80.º do Código do Notariado), não obstante, e por força do art. 875.º, se envolver bens imóveis, dever ser realizada por documento autenticado (art. 150.º do Código do Notariado).

Não havendo acordo dos interessados a partilha far-se-á por meio de inventário, nos termos da Lei n.º 29/2009, de 29 de junho, quando produzir efeitos, e dos arts. 1404.º a 1406.º do Código de Processo Civil.

O processo de inventário destina-se à partilha consequente à extinção da comunhão de bens entre os cônjuges, nos termos do art. 71.º da Lei n.º 29/2009, de 29 de junho (art. 1.º, n.º 4, da mesma lei), e 1404.º do Código de Processo Civil. Dispõe o art. 71.º (e o art. 1404.º do Código de Processo Civil) que, decretada a separação de pessoas e bens ou o divórcio, ou declarado nulo ou anulado o casamento, qualquer dos cônjuges pode requerer inventário para partilha dos bens, salvo se o regime de bens do casamento for o de separação (um vez que não existe aqui património de mão comum a partilhar).

Tratando-se de processo de inventário que dê entrada até à produção de efeitos da Lei n.º 29/2009, de 29 de junho, os tribunais são competentes para receber e tramitar os referidos processos, como já referimos. A partir do momento em que a referida lei produza efeitos, as entidades competentes para a realização do processo de inventário passam a ser as conservatórias do registo civil e os cartórios notariais (art. 3.º da Lei n.º 29/2009, de 29 de junho, com as alterações introduzidas pela Lei n.º 44/2010, de 3 de setembro), com a atribuição ao juiz do controlo geral do processo (arts. 4.º e 6.º da Lei n.º 29/2009, de 29 de junho). Além disso, o tribunal pode também tramitar o processo de inventário, quando o conservador ou o notário, oficiosamente ou a requerimento de qualquer interessado, remeter o processo de inventário para o tribunal, nos casos em que o valor do processo exceder a alçada da Relação e a complexidade das questões de facto ou de direito a decidir justifique a necessidade de uma tramitação judicial do processo (art. 6.º-A da Lei n.º 29/2009, de 29 de junho, introduzido pela Lei n.º 44/2010, de 3 de setembro).

As fases do novo processo de inventário constam do art. 2.º da Lei n.º 29/2009, de 29 de junho (apresentação do requerimento de inventário, conferência de interessados e eventual apresentação de licitações, e decisão da partilha) ⁽¹⁷⁾, prevendo-se que a sua tramitação seja processada em sítio na Internet a regular por portaria do membro do Governo responsável pela área da justiça ⁽¹⁸⁾. Competirá, como vimos, ao juiz decretar a sentença homologatória da partilha decidida pela conservatória ou cartório notarial.

III. A partilha em caso de divórcio — a atual redação do art. 1790.º do Código Civil

a) A partilha em caso de divórcio — o art. 1790.º do Código Civil

26

Como referimos, uma vez cessadas as relações patrimoniais entre os cônjuges, procede-se à partilha do património comum ⁽¹⁹⁾, de acordo com o regime

⁽¹⁷⁾ Até à entrada em vigor do novo regime jurídico do processo de inventário, regem, como vimos, os arts. 1326.º e segs. do Código de Processo Civil, onde podemos destacar, como fases do processo de inventário, uma fase preliminar (arts. 1338.º a 1344.º), a descrição, valoração e licitação dos bens (arts. 1345.º a 1372.º), a discussão sobre a forma da partilha (arts. 1373.º a 1381.º), e a decisão/julgamento (arr. 1382.º).

⁽¹⁸⁾ É da existência desta portaria, prevista no n.º 3 do art. 2.º da Lei n.º 29/2009, de 29 de junho, que está dependente a produção de efeitos do novo regime jurídico do processo de inventário.

⁽¹⁹⁾ Pereira Coelho/Guilherme de Oliveira, *ob. cit.*, p. 507, apresentam a seguinte definição: "(...) os bens comuns constituem uma massa patrimonial a que, em vista da sua especial afectação, a lei concede um certo grau de autonomia, e que pertence aos dois cônjuges, mas em bloco, podendo dizer-se que os cônjuges são, os dois, titulares de um único direito sobre ela". V. também, Pires de Lima/Braga da Cruz, *Direitos de Família*, vol. II, 3.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 1953, p. 98, Pires de Lima/Antunes Varela, *Código Civil Anotado*, vol. IV, 2.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 1992, pp. 436 e 437, Antunes Varela, *Direito da Família*, 5.ª ed., Lisboa, Livraria Petrony, 1999, pp. 454 e segs., e Heinrich Ewald Hörster, *A Parte Geral do Código Civil Português, Teoria Geral do Direito Civil*, 2.ª ed., reimpressão, Coimbra, Almedina, 2000, pp. 197 e segs. Já Paulo Merêa, *Evolução dos Regimes Matrimoniais*, vol. I, Coimbra, Imprensa da Universidade, 1913, p. 81, nota 3,

de bens que vigorou entre os cônjuges. Porém, há exceções a esta regra. Uma delas, e que aqui importa analisar, é a do art. 1790.º De facto, dispõe o artigo que, em caso de divórcio, nenhum dos cônjuges pode na partilha receber mais do que receberia se o casamento tivesse sido celebrado segundo o regime da comunhão de adquiridos.

A norma apresenta uma redação que deixa algumas dúvidas por parecer implicar restrições à autonomia privada e à liberdade contratual ⁽²⁰⁾. Isto é, impõe-se agora a partilha num regime diverso ao que os cônjuges podem ter estipulado (e entenda-se quando seja estipulado o regime de comunhão geral ou outro regime mais próximo da comunhão geral do que da comunhão de adquiridos) e com eventual prejuízo para o cônjuge que não foi o responsável pela dissolução, que não deu causa à rutura do casamento.

A solução prevista no art. 1790.º na anterior redação aplicava-se no caso de os cônjuges terem casado no regime de comunhão geral e quando, no caso concreto, tenha sido o cônjuge inocente a levar mais bens para o casamento e/ou a adquirir a título gratuito os bens de maior valor. Só assim o art. 1790.º era verdadeira sanção ao cônjuge declarado culpado no divórcio. Ora, desaparecendo qualquer referência ao divórcio-sanção e

e p. 82, em 1913, referia que a comunhão do tipo germânico é produto de uma organização social e económica essencialmente comunitária, identificando a comunhão conjugal com a *Gesamte Hand* alemã (*ob. cit.*, vol. II, p. 129).

Sobre a natureza jurídica da comunhão e as diferentes posições doutrinárias, v., Cristina M. Araújo Dias, *Compensações devidas pelo pagamento de dívidas do casal (da correcção do regime actual)*, Coimbra, Coimbra Editora, 2003, pp. 262-277. Sintetizando as posições doutrinárias sobre a natureza jurídica da comunhão, v., Eduardo dos Santos, *Direito da Família*, 2.ª ed., Coimbra, Almedina, 1999, pp. 304-309, e Esperança Pereira Mealha, *ob. cit.*, pp. 37-44, e pp. 59-62.

⁽²⁰⁾ Dúvidas que também já tivemos oportunidade de manifestar na obra *Uma análise do novo regime jurídico do divórcio — Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro*, 2.ª ed., Coimbra, Almedina, 2009, pp. 26-28.

à culpa, o novo regime passa a impor a partilha de acordo com o regime da comunhão de adquiridos sempre que haja divórcio e os cônjuges casem em comunhão geral. Isto significa que só no caso de o casamento se dissolver por morte é que a vontade previamente manifestada pelos nubentes, em convenção antenupcial, será respeitada. Parece-me uma limitação sem justificação à liberdade contratual.

E não se diga que se visou proteger o cônjuge mais desfavorecido, pois a lei não especifica isso e a solução aplica-se sempre, mesmo em benefício do cônjuge mais favorecido e que até pode ter dado causa à rutura do casamento. Pense-se no caso de o cônjuge que requereu o divórcio até ser aquele que não cumpriu os deveres conjugais, mas levou mais bens para o casamento e adquiriu mais bens a título gratuito ao longo do mesmo. Não só obtém o divórcio como sai em vantagem face ao outro, pois a partilha será não de acordo com o regime que ambos acordaram mas de acordo com o regime da comunhão de adquiridos. A situação é mais injusta se o outro cônjuge não exerceu qualquer profissão ao longo do casamento e se dedicou ao trabalho doméstico e educação dos filhos e agora não vê a sua colaboração ser reconhecida ao nível do regime de bens subjacente à partilha.

É evidente que o objetivo do legislador foi o de não permitir qualquer punição patrimonial a um dos cônjuges (mesmo o que seria responsável) com o divórcio e o outro cônjuge sempre pode requerer uma compensação pelo trabalho no lar, se for o caso ⁽²¹⁾. A questão

⁽²¹⁾ Refere isso mesmo o projeto de lei n.º 509/X: "Segue-se, neste ponto, o direito alemão, que evita que o divórcio se torne um meio de adquirir bens, para além da justa partilha do que se adquiriu com o esforço comum na constância do matrimónio, e que resulta da partilha segundo a comunhão de adquiridos."

é que nem sempre a partilha segundo o regime de comunhão de adquiridos permite uma repartição justa daquilo que foi adquirido ao longo do casamento pelo esforço conjunto, desde logo por nem sempre se considerar a contribuição que cada um dos cônjuges deu para a formação do património comum e para a valorização do património próprio do outro ⁽²²⁾. É evidente que há mecanismos que tentam corrigir os eventuais desequilíbrios patrimoniais, sendo de destacar a existência de créditos compensatórios previstos na nova redação do art. 1676.º

De todo o modo, manifesto as minhas dúvidas quanto à solução por atentar contra o princípio da autonomia privada e poder, no caso concreto, prejudicar o cônjuge que mais precisa de proteção ⁽²³⁾.

Repare-se que pode acontecer que os nubentes tenham casado em comunhão geral com a intenção de comunicar certos bens (por exemplo, a casa onde passaram a morar após o casamento) e de a partilha se fazer de acordo com esse regime em caso de dissolução, por morte ou divórcio. O legislador coarta a liberdade de escolha dos nubentes e condiciona a sua

rídos. Abandona-se o regime atual que aproveita o ensejo para premiar um inocente e castigar um culpado".

Pereira Coelho/Guilherme de Oliveira, *ob. cit.*, pp. 671 e 672, à luz da redação anterior, consideravam que na opção do legislador no art. 1790.º terá pesado o facto de o regime da comunhão geral favorecer a celebração de casamentos cujo móbil seja o interesse económico e conduzir a situações de injustiça. "E particularmente injusto seria que, dissolvendo-se o casamento por divórcio, o cônjuge declarado único ou principal culpado recebesse na partilha metade dos bens que o outro já tinha ao tempo do casamento ou depois lhe adviessem por herança ou doação".

⁽²²⁾ Adriano Miguel Ramos de Paiva, *A comunhão de adquiridos. Das insuficiências do regime no quadro da regulação das relações patrimoniais entre os cônjuges*, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, p. 339.

⁽²³⁾ Também Heinrich Ewald Hörster, "A responsabilidade civil entre os cônjuges", in AAVV, *F. foram felizes para sempre...? Uma análise crítica do novo regime jurídico do divórcio*, Coimbra, Coimbra Editora/Wolters-Kluwer, 2010, p. 104, manifesta as suas dúvidas quanto à solução do art. 1790.º, que considera "inconsequente, pois pode prejudicar gravemente o cônjuge pela mão do qual os bens entraram na comunhão".

escolha à não existência de divórcio, quando muitas vezes essa escolha foi feita para a situação de divórcio.

À luz da anterior redação do art. 1790.º, qualquer um dos cônjuges podia confiar que o valor da sua meação no património comum seria apurado de acordo com o regime de bens vigente no decurso do casamento, desde que não fosse o culpado ou o principal culpado pelo divórcio. Confiança, aliás, assegurada no decurso do casamento pelo princípio da imutabilidade do regime de bens ⁽²⁴⁾. Ora, a escolha feita pelos nubentes quanto ao regime de bens, e que rege as suas relações patrimoniais no decurso do casamento, deixa de aplicar-se com a nova redação do art. 1790.º, nas operações de partilha, abalando a referida confiança. Muitas das opções tomadas pelos cônjuges quanto à vida em comum assentam naquela escolha e nesta confiança que é frustrada pela opção legislativa ⁽²⁵⁾.

28

b) Aplicação prática

O que o art. 1790.º dispõe é que nenhum dos cônjuges pode na partilha receber mais do que receberia se o casamento tivesse sido celebrado segundo

o regime da comunhão de adquiridos, não implicando uma alteração do regime da comunhão geral para o da comunhão de adquiridos.

Assim, para efeitos da relação de bens e inventário, entram todos os bens que sejam comuns à luz do regime da comunhão geral ⁽²⁶⁾. É o valor da meação de cada um dos cônjuges que será diferente do que seria se a partilha se fizesse no regime da comunhão geral (ou outro regime próximo da comunhão geral), sendo tal valor aferido pelo regime da comunhão de adquiridos. O art. 1790.º tem a ver com o valor da meação de cada cônjuge e não com os bens em espécie ⁽²⁷⁾.

Consideremos o seguinte exemplo: A está casado com B no regime da comunhão geral de bens. A levou para o casamento bens no valor de 5.000 € e B levou bens no valor de 2.000€. Os bens adquiridos ao longo do casamento ascendem ao valor de 13.000 €. Assim, os bens comuns no momento da

⁽²⁶⁾ Ou seja, todos os bens presentes e futuros dos cônjuges, não excetuados por lei (art. 1732.º). São, portanto, comuns todos os bens levados para o casamento pelos cônjuges e os adquiridos ao longo do casamento a qualquer título. Excetuam-se apenas os bens que, mesmo no regime da comunhão geral, são imperativamente bens próprios (arts. 1733.º e 1699.º, n.º 1, al. d)).

⁽²⁷⁾ Como referem Pereira Coelho/Guilherme de Oliveira, *ob. cit.*, p. 673, o art. 1790.º não implica a substituição do regime da comunhão geral pelo da comunhão de adquiridos. A lei não exige que um cônjuge seja, na partilha, encabeçado nos bens que levou para o casamento ou que depois lhe advieram por doação ou herança, como aconteceria se o regime de bens estipulado fosse o da comunhão de adquiridos; só quer que o cônjuge "não receba na partilha *mais* do que receberia se tivesse sido convencionalmente esse regime. Não lhe importam os bens em espécie, mas só o seu valor".

Segundo Rute Teixeira Pedro, *ob. e loc. cit.*, p. 439, nota 28, a norma implica uma comparação entre os resultados patrimoniais decorrentes da aplicação do regime escolhido pelos cônjuges e os resultados patrimoniais decorrentes da aplicação do regime da comunhão de adquiridos. Deveria, assim, determinar-se o limite máximo do valor em que poderia ser encabeçado na partilha o cônjuge único ou principal culpado pelo divórcio, definido pelo valor da meação que lhe caberia aplicando o regime da comunhão de adquiridos. "Sendo um limite máximo, só operava se o valor da meação que coubesse a tal cônjuge, segundo o regime vigente no casamento (...) fosse superior a esse limite".

⁽²⁴⁾ Posição também manifestada por Rute Teixeira Pedro, *ob. e loc. cit.*, p. 441.

⁽²⁵⁾ Imagine-se que um dos cônjuges resolve pagar as obras realizadas num terreno comum com valores que lhe foram herdados e não com o salário de ambos. Ora, no regime da comunhão geral, vigente entre os cônjuges, tais valores são sempre comuns (não cabem no art. 1733.º), pelo que não parece importante no decurso do casamento ponderar o pagamento com um ou outro, mas já não é assim no regime de comunhão de adquiridos.

Rute Teixeira Pedro, *ob. e loc. cit.*, pp. 467 e segs., sugere mesmo a inconstitucionalidade do art. 1790.º quando aplicado a casamentos vigentes ao tempo da entrada em vigor da Lei n.º 61/2008, de 31 de outubro, por violação do princípio da proteção da confiança dos cidadãos e da segurança jurídica, subprincípios em que se concretiza o princípio do Estado de Direito Democrático (art. 2.º da Constituição da República Portuguesa).

dissolução, de acordo com o regime da comunhão geral, somam o valor de 20.000€.

De acordo com o art. 1790.º, como, neste caso, os cônjuges não podem receber mais do que receberiam no regime da comunhão de adquiridos, isto significa que a meação de cada um dos cônjuges será composta pelo valor dos bens que seriam próprios neste regime e pela metade nos bens comuns. Concretizando: a meação de A terá o valor de 11.500 € (5.000€ + 6.500€) e a de B o valor de 8.500 € (2.000 € + 6.500 €), independentemente dos bens que efetivamente sejam atribuídos a A ou a B para preenchimento dessa meação. De facto, A até poderá, na partilha, ficar com um bem que, no regime da comunhão de adquiridos, seja próprio de B; a sua meação é que terá o valor que teria se os cônjuges estivessem casados no regime de comunhão de adquiridos.

Foi também o que decidiu o acórdão do STJ, de 29.10.2002 (<http://www.dgsi.pt>, consultado a 31 de janeiro de 2010) ⁽²⁸⁾, ainda que à luz da anterior redação do art. 1790.º. Aí se diz que o art. 1790.º não determina uma alteração do regime de bens. Apenas dispõe que “o cônjuge culpado não poderá, na partilha, receber mais do que receberia caso o regime de bens fosse o da comunhão de adquiridos, porquanto, fora dos casos admitidos, taxativamente (cfr. artigo 1715.º do Código Civil) pela lei, não se torna possível alterar o regime de bens depois da celebração do casamento.

O artigo 1790.º em questão apenas estabelece um comando que deverá ser observado na partilha e jamais

desta exclui os bens que um dos cônjuges receberia se o casamento tivesse sido celebrado segundo o regime de comunhão de adquiridos.

Neste sentido, vejam-se (entre muitos outros) os acórdãos deste Supremo Tribunal de Justiça de 20.11.84 e 5.7.90, proferidos, respectivamente nos processos n.º 071919 e 079437 (retirados do site do Supremo Tribunal de Justiça).

Neste indicado sentido vai igualmente a nossa mais consagrada doutrina.

Assim, a propósito do artigo 1790.º do Código Civil, escreve Jacinto Bastos em *Notas ao Código Civil*, págs. 227 e 228: “O disposto neste artigo não significa que tenha necessariamente de observar-se as regras que regulam a partilha no regime da comunhão de adquiridos; o que há que averiguar é se o cônjuge declarado único culpado é favorecido na partilha realizada segundo o regime de bens do seu casamento, em comparação com o regime da comunhão de adquiridos se a aplicação do regime de bens adoptado no casamento lhe fixar menos meação, esse regime será o aplicado.” Também, os Professores Pires de Lima e Antunes Varela, no *Código Civil Anotado*, IV, 1992, a pág. 562, ensinam: “Seja qual for o regime de bens convencionado ou aplicado por força da lei, esse cônjuge não pode receber na partilha mais do que lhe pertenceria, se o casamento tivesse sido celebrado segundo o regime da comunhão de adquiridos. A sanção prescrita na lei não significa que o regime aplicável à partilha seja necessariamente o da comunhão de adquiridos, artigo 1790.º O que importa, na correcta aplicação da lei e do pensamento legislativo, é confrontar o resultado que advém para o cônjuge declarado único culpado ou principal culpado da aplicação do regime convencionado ou legalmente fixado com o que se obteria mediante a aplicação do regime da comunhão de adquiridos. Porque

⁽²⁸⁾ Para o qual também remetem Pereira Coelho/Guilherme de Oliveira, *ob. cit.*, p. 673.

só no caso de o primeiro ser mais favorável à sua posição do que o segundo é que a lei manda aplicar este último.”

Em suma: a sanção prescrita no artigo 1790.º do Código Civil não equivale a dizer que o regime aplicável à partilha seja, forçosamente, o da comunhão de adquiridos.

Posto isto, será importante relevar que tendo o terreno (rústico) sido doado à recorrente na constância do seu casamento e, como tal, logo à partida, dever ser considerado como bem comum e, independentemente de, posteriormente, o ex-casal nele ter edificado uma casa (com dinheiro do ex-marido ou dos pais da recorrente — tal não foi possível apurar, mas o certo é que, para o caso, tal não é importante), o certo é que o prédio misto assim constituído, não deixou de ter a qualificação de bem comum, só pelo facto de ter havido um divórcio com culpa exclusiva do recorrido. E como bem comum que é, assim deverá ser relacionado e partilhado, sem que haja alguma necessidade de considerar acervos patrimoniais distintos.

30

Por outro lado, como muito bem é referido no douto acórdão recorrido, nada impede que os bens doados a um dos cônjuges venham a ser licitados pelo outro ou mesmo a ser atribuídos, por efeito de partilha, ao outro. O que é importante, por aplicação do prescrito no artigo 1790.º do Código Civil, é que o cônjuge considerado culpado não poderá receber, em valor, mais do que aquilo que receberia, caso o casamento houvesse sido celebrado segundo o regime da comunhão de adquiridos.”

Portanto, o valor da meação de cada cônjuge será sempre apurado, em caso de divórcio, e quando o regime estipulado pelos nubentes tenha sido o da comunhão geral ou outro mais próximo deste do que da comunhão de adquiridos, de acordo com o regime da comunhão de adquiridos.

Coimbra Editora®

Isto pode provocar o recurso a ações de anulação do casamento, com os devidos fundamentos legais, em vez do divórcio, com o único objetivo de manter a partilha de acordo com o regime da comunhão geral. De facto, para evitar a solução do art. 1790.º os cônjuges podem estar em condições de requerer a anulação do seu casamento invocando o instituto do casamento putativo (arts. 1647.º e 1648.º) e mantendo a partilha de acordo com o regime da comunhão geral ⁽²⁹⁾.

c) Aplicação no tempo (o art. 9.º da Lei n.º 61/2008, de 31 de outubro)

O art. 9.º da Lei n.º 61/2008, de 31 de outubro, relativo ao âmbito de aplicação da norma, pode colocar alguns problemas face à nova redação do art. 1790.º (bem como dos arts. 1791.º e 1792.º, cuja análise não cabe neste estudo). Ora, o novo regime não se aplica aos processos pendentes em tribunal, ou seja, só se aplica aos novos processos, instaurados depois da entrada em vigor da mencionada lei.

Pode acontecer que o divórcio tenha sido decretado à luz da lei anterior mas a partilha dos bens

⁽²⁹⁾ Como refere Jorge Duarte Pinheiro, “Ideologias e Ilusões no Regime Jurídico do Divórcio e das Responsabilidades Parentais”, in AAVV, *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida*, vol. III, Coimbra, Almedina, 2011, p. 482, o cônjuge que tiver contraído de boa fé um casamento inválido pode ter uma posição mais favorável do que o cônjuge divorciado. Se os nubentes tiverem convencionado o regime da comunhão geral de bens, a partilha far-se-á de acordo com esse regime na sequência da invalidade do casamento, se ambos os cônjuges estão de boa fé ou se for solicitado pelo cônjuge de boa fé. Por outro lado, se houver divórcio, e mesmo que isso prejudique o cônjuge que sempre se empenhou no casamento, a partilha será efetuada de acordo com o regime da comunhão de adquiridos. “Por vezes, vale mais um casamento inválido de que um casamento válido dissolvido por divórcio”.

comuns já é intentada à luz da nova lei (e o mesmo se diga em relação às ações mencionadas nos outros artigos referidos). Isto não pode querer dizer que se aplica a nova lei a essas novas ações diretamente relacionadas com a ação de divórcio decretada à luz da lei antiga, tanto mais que à luz da lei anterior o tribunal pronunciava-se sempre quanto à culpa dos cônjuges, independentemente da causa do divórcio. O art. 1790.º regula uma das consequências do divórcio independentemente de qualquer juízo sobre a culpa. Não pode, por isso, aplicar-se a divórcios que a supõem. Assim, ainda que possa tratar-se de uma nova ação deverá, por estar diretamente relacionada com divórcios decretados à luz da lei anterior, aplicar-se a lei antiga.

Por outro lado, resulta do referido art. 9.º, e do art. 12.º, n.º 2, do Código Civil, que a nova redação do art. 1790.º aplica-se a casamentos celebrados antes da entrada em vigor da Lei n.º 61/2008, de 31 de outubro.

Assim, o art. 1790.º aplica-se a todos os casamentos, mesmo àquelas relações matrimoniais já existentes aquando da sua entrada em vigor. Isto é, afeta relações jurídicas já constituídas, regidas por um regime de bens diferente daquele pelo qual se realizará a partilha. Ora, estando os cônjuges casados em regime de comunhão geral, e sobretudo se o casamento durou muitos anos, a partilha segundo o regime de comunhão de adquiridos pode gerar injustiças. De facto, nem sempre será fácil reconstruir todos os movimentos patrimoniais de forma a

aferir se os bens são qualificados como próprios ou comuns à luz do regime de comunhão de adquiridos. Além disso, pode acontecer que no caso concreto os mecanismos corretores dos desequilíbrios patrimoniais não funcionem (como a sub-rogação prevista no art. 1723.º, as compensações ou os créditos compensatórios do art. 1676.º) ⁽³⁰⁾.

O legislador deveria ter, pelo menos, afastado da aplicação do art. 1790.º os casamentos celebrados até à sua entrada em vigor ou, pelo menos, os bens que ingressaram no património comum até à sua entrada em vigor ⁽³¹⁾. Por outro lado, e quanto aos casamentos celebrados depois da sua entrada em vigor, deveria ter permitido que os cônjuges afastassem a solução do art. 1790.º, caso assim o entendessem.

⁽³⁰⁾ V. as críticas apresentadas por Rute Teixeira Pedro, *ob. e loc. cit.*, pp. 459 e segs.

⁽³¹⁾ Como refere M.ª Rita Lobo Xavier, *Recentes alterações ao regime jurídico do divórcio e das responsabilidades parentais — Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro*, Coimbra, Almedina, 2009, p. 35, a nova versão do art. 1790.º não poderá afetar os bens que entraram no património comum até à entrada em vigor da lei: "só pode aplicar-se àqueles que casaram segundo este regime depois da sua entrada em vigor, e, quanto aos cônjuges que casaram anteriormente em tal regime, quando muito, só poderá excluir do património comum a partilhar os bens que nele ingressaram após a data do início da vigência da lei".

Por sua vez, Rute Teixeira Pedro, *ob. e loc. cit.*, p. 465, considera que a aplicação da nova regra do art. 1790.º a casamentos vigentes pode "redundar em termos práticos numa redução da participação de um dos cônjuges no património comum, em desrespeito do limite do art. 1730.º, por reduzir o âmbito do património comum a ser considerado para efeitos de partilha". Além disso, refra-se a sugestão da autora, que partilhamos, de inconstitucionalidade do art. 1790.º quando aplicado a casamentos vigentes ao tempo da entrada em vigor da Lei n.º 61/2008, de 31 de outubro, por violação do princípio da proteção da confiança dos cidadãos e da segurança jurídica, subprincípios em que se concretiza o princípio do Estado de Direito Democrático (art. 2.º da Constituição da República Portuguesa), e que já referimos *supra* na nota 25.