A ATRIBUIÇÃO DO USO DA CASA DE MORADA DA FAMÍLIA NOS CASOS DE DIVÓRCIO EM PORTUGAL: CONTRIBUTO PARA UM "AGGIORNAMENTO" INTERPRETATIVO.

ALLOCATION OF THE FAMILY HOME AFTER DIVORCE IN PORTUGAL: CONTRIBUTION TO AN ACTUALIZED INTERPRETATION.

Actualidad Jurídica Iberoamericana, núm. 3 bis, noviembre 2015, pp. 165 - 191.

Fecha entrega: 15/10/2015
Fecha aceptación: 30/10/2015

Dra. SANDRA PASSINHAS
Profesora de Derecho Civil
Instituto Juridico da FDUC/Universidad de Coimbra
sandrap@fd.uc.pt

RESUMEN: Este artigo analisa o regime português da atribuição da casa de morada de familia após o divórcio. Se a casa era arrendada, os ex cônjuges podem acordar na transmissão ou na concentração do contrato de arrendamento, sem necessidade do consentimento do senhorio. Se a casa é propriedade de apenas um deles, os ex cônjuges podem acordar na constituição de um contrato de arrendamento a favor do não proprietário. Não havendo acordo, a decisão caberá ao juiz. Na sua decisão, o juiz, mais do que o interesse do ex cônjuge, com quem o proprietário já não tem uma relação familiar, deve atender ao interesse dos filhos do casal. Só esta interpretação actualizadora do Código Civil será conforme à Constituição portuguesa.

PALABRAS CLAVE: divórcio, casa de morada, interpretação.

ABSTRACT: This article analyses the allocation of the family home after divorce under Portuguese law. If the family home is a rented house, the former spouses may agree on the transfer of the lease contract (the consent of the owner is not necessary). If the property belongs to one of spouses, they can agree on the assignation of a lease contract to the non-owner. If they do not reach an agreement, the juge must decide. In so doing, the juge must not take into consideration the interest of the former spouse (the ex spouse is not a family member anymore); rather, the needs of the children must be consideered. Only such interpretation of the Portuguese Civil Code is aligned with the Portuguese Constitution.

KEY WORDS: divorce, family home, interpretation.

SUMARIO: I. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES SOBRE O REGIME DO DIVÓRCIO EM PORTUGAL. II. QUEM DECIDE SOBRE A ATRIBUIÇÃO DA CASA DE MORADA. III. O DESTINO DA CASA DE MORADA DE FAMÍLIA ARRENDADA. IV. O DESTINO DA CASA DE MORADA DE FAMÍLIA PROPRIEDADE DE UM OU DE AMBOS OS CÔNJUGES. V. CONCLUSÃO.

I. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES SOBRE O REGIME DO DIVÓRCIO EM PORTUGAL.

O regime do divórcio em Portugal sofreu uma importante reforma em 2008[1], que veio consagrar no ordenamento jurídico português um sistema de divórcio ruptura (Zerrüttungsprinzip; divorce-faillite, irretrievable breakdown), em que o fundamento do divórcio é a falência da comunhão conjugal, e em que, na dissolução do casamento, se abstrai de qualquer declaração de culpa, bem como das sanções patrimoniais acessórias aplicadas em função da determinação dessa culpa[2]. Alinhada com as mais recentes tendências europeias na matéria[3], a Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro, veio alterar profundamente o regime jurídico do divórcio em Portugal, ao colocar os afectos no centro da relação conjugal[4], e ao determinar a dissolução do vínculo matrimonial quando os laços de rompem e o casamento deixa de ser fonte de realização e satisfação dos cônjuges. Se é certo que a conjugalidade e a vida familiar têm outras dimensões importantes, como a contratual, a

[1] O novo regime do divórcio foi aprovado pelo Decreto-Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro, que entrou em vigor em 1 de Dezembro do mesmo ano. Sobre a evolução das modalidades de divórcio em Portugal, veja-se HÖRSTER, H.: "Evoluções legislativas no Direito da Família depois da Reforma de 1977", in FDUC: *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977, vol. I – Direito da Família e das Sucessões*. Coimbra (2004): Coimbra Editora, p. 66-69, e ROCHA, P.: "Divórcio sem culpa", *FDUC: Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977*, cit., p. 561 e ss.

[2] OLIVEIRA, G.: "A nova lei do divórcio", *Lex Familiae* (2010), n.º 13, p. 6, ensina que a abolição da culpa na dissolução do casamento se insere na tendência para desdramatizar o divórcio, "ao evitar que os cônjuges procurem inventariar e provar o pior que aconteceu no seu casamento, causando ainda maiores danos a si próprios e aos filhos".

[3] Cfr. Principles on Divorce and Maintenance between Former Spouses segundo a Commission on European Family Law, disponíveis em http://ceflonline.net/wp-content/uploads/Principles-English.pdf. Sobre a harmonização no Direito da Família, vide MARELLA, M. R.:"The Non-Subversive Function of European Private Law: The Case of Harmonization of Family Law", *European Law Journal* (2006), n.º 12, p. 78 e ss. Vide, ainda, GLENDON, M. A.: *The Transformation of Family Law*. The University of Chicago Press (1989): p. 148 e ss.

[4] Lembremos as palavras de LEITE DE CAMPOS, D.: "Dos contratos de relação às relações de associação", in LEBRE DE FREITAS, J., ET AL.: *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Carlos Ferreira de Almeida II*. Coimbra (2011): Almedina, p. 220, para quem o divórcio faz "parte de uma zona do Direito da Família deixada aos interesses de cada um".

económica e a patrimonial, a que é necessário atender, é no entanto inegável ser a dimensão afectiva o núcleo fundador e central da vida conjugal. Correspectivamente, cabe agora a cada indivíduo decidir, e aceitar para os outros, a escolha de modos próprios de encarar e viver a vida privada[5]. Num modelo de divórcio-constatação da ruptura do casamento, o divórcio é permitido onde quer que se verifique uma ruptura do casamento, admitindo a lei que o divórcio seja requerido por ambos os cônjuges ou só por um deles[6] sem qualquer condicionamento ou limitação, de prazo ou outros. A relação conjugal torna-se, nas palavras de GUILHERME DE OLIVEIRA[7], uma "relação pura", "baseada no compromisso permanente e na gratificação renovada, que contém em si o acordo prévio sobre a sua dissolução".

No que respeita aos efeitos do divórcio, a principal alteração introduzida em 2008 consistiu na inexistência de qualquer declaração de culpa e, consequentemente, na extinção das sanções patrimoniais acessórias dela decorrentes. O legislador actuou, pois, em vários níveis, nomeadamente em termos de partilha[8], de perda de benefícios[9], de reparação de danos[10] e da

[5] Outra inovação importante da Lei n.º 61/2008 prende-se com a mediação familiar. O artigo 1774.º veio estabelecer que antes do início do processo de divórcio, a conservatória do registo civil ou o tribunal devem informar os cônjuges sobre a existência e os objectivos dos serviços de mediação familiar. Sobre o objectivo da promoção da mediação familiar, veja-se OLIVEIRA, G., "A nova lei do divórcio", cit., p. 6 e 7. LAURA CARDIA VONÈCHE e SYLVIE CADOLLE, "Quand le conflit conjugal est un conflit parental", em BÜCHLER A. e MÜLLER-CHEN, M. (eds.): Festschrift für Ingeborg Schwenzer zum 60. Geburtstag. Berna (2011): Stämpli, p. 336, sublinham que os pais em conflito não se afrontam para expiar o sofrimento conjugal, mas muitas vezes porque não têm a mesma visão do interessa da criança e do papel que o pai e a mãe devem desempenhar junto dela. A mediação visa ajudá-los a encontrar compromissos aceitáveis, o que já constitui uma forma meritória de co-parentalidade. É um equívoco recorrente pretender que a mediação familiar visa a reconciliação dos cônjuges. Isso muito raramente acontece. Como escreveu CORVO LÓPEZ, F. M.: "La mediación como forma de solución del conflicto familiar". LLAMAS POMBO, E.: *Nuevos conflictos del derecho de família*. Madrid (2009): La Ley, p. 272, a mediação estriba-se na criação de novos laços que permitam às pessoas em conflito regular as suas relações futuras, alcançando acordos satisfatórios para ambas as partes. Para um breve resumo da evolução da mediação familiar em Portugal, veja-se CRUZ, R. M.: *Mediação familiar – Limites materiais dos acordos e o seu controlo pelas autoridades*. Coimbra (2011): CDF-Coimbra Editora, p. 59 e ss. Sobre a resolução alternativa de litígios e os seus riscos no Direito da Família, chama a atenção CRETNEY, S.: *Principles of Family Law*, 8.ª ed., por MASSON, J.M., BAILEY-HARRIS R., R. J. PROBERT R.J. Londres (2008): Sweet & Maxwell, p. 7.

[6] Cfr. artigo 1785.º.

[7] Cfr. OLIVEIRA, G., "Transformações do direito da família", in FDUC: *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977*, cit., p. 765.

[8] Cfr. artigo 1790.º do CC, onde se lê 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".

[9] Nos termos do artigo 1791.º, "cada cônjuge perde todos os benefícios recebidos ou que haja de receber do outro cônjuge ou de terceiro, em vista do casamento ou em

obrigação de alimentos[11]. Estabeleceu ainda um regime específico para o crédito compensatório ao cônjuge que contribuiu de forma excessiva para os encargos da vida familiar[12].

consideração do estado de casado, quer a estipulação seja anterior quer posterior à celebração do casamento".

[10] A Reforma de 2008 deslocou os aspectos indemnizatórios do divórcio da acção de divórcio para uma acção autónoma e consequentemente dos tribunais de família para os tribunais comuns. É esta a norma do artigo 1792.º, n.º 1, ainda que o n.º 2 excepcione os casos em que o divórcio tem como causa a alteração das faculdades mentais do outro (com o fundamento da alínea b) do artigo 1781.º), em que, nesse caso, deve reparar os danos não patrimoniais causados ao outro cônjuge pela dissolução do casamento; este pedido deve ser deduzido na própria acção de divórcio. Com esta medida, os cônjuges encontrar-se-ão no tribunal a discutir as questões indemnizatórias não como ex-cônjuges, mas como lesante e lesado. Sobre a tutela da confiança depositada no casamento enquanto projecto de vida em comum, vejam-se as pertinentes considerações de LOBO XAVIER, RITA: "Liberdade individual e responsabilidade no novo regime do divórcio", COUTO GONÇALVES L., ET AL.: *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Heinrich Ewald Hörster*. Coimbra (2012): Almedina, p. 510 e ss.

[11] Os alimentos entre ex-cônjuges estão regulados nos artigos 2016.º e ss. A Reforma de 2008 veio alterar estas disposições quer quanto à titularidade dos alimentos, quer quanto ao montante dos mesmos. No que à titularidade diz respeito, estabelece o artigo 2016.º, 1, como princípio, que cada cônjuge deve prover à sua subsistência, depois do divórcio. O nº 2 veio agora consagrar que qualquer dos cônjuges (e não apenas aquele que não foi declarado único ou principal culpado) tem direito a alimentos, independentemente do tipo de divórcio.

Quanto ao montante dos alimentos, o artigo 2016.º-A estabelece no seu n.º 1 que: "o tribunal tomar em conta a duração do casamento, a colaboração prestada à economia do casal, a idade e estado de saúde dos cônjuges, as suas qualificações profissionais e possibilidades de emprego, o tempo que terão de dedicar, eventualmente, à criação de filhos comuns, os seus rendimentos e proventos, um novo casamento ou união de facto e, de modo geral, todas as circunstâncias que influam sobre as necessidades do cônjuge que recebe os alimentos e as possibilidades do que os presta. Esta disposição é todavia clara, no seu n.º 3, ao afirmar que o cônjuge credor "não tem o direito de exigir a manutenção do padrão de vida de que beneficiou na constância do matrimónio".

Sublinhe-se ainda que o tribunal deve dar prevalência a qualquer obrigação de alimentos relativamente a um filho do cônjuge devedor sobre a obrigação emergente do divórcio em favor do ex-cônjuge.

Na jurisprudência, vide o Ac. STJ, de 16 de Março de 2011 [Processo: 252-A/2002.L1.S1], o Ac. TRG, de 12 de Setembro de 2013; o Ac. TRL, de 17 de Setembro de 2013 [Processo: 13588/13.7T28NT-1]. O Ac. TRL, de 18 de Dezembro de 2012 [Processo: 1314/09.0TVLSB.L1-1] considerou que: "Apesar do ex-cônjuge credor de alimentos não ter direito a exigir a manutenção do padrão de vida de que beneficiou na constância do matrimónio, é relevante para a fixação do montante a prestar e para o julgamento da oportunidade da cessação dessa obrigação alimentar, o facto de o beneficiário da prestação ter deixado de trabalhar por insistência do ex-cônjuge devedor".

[12] No n.º 2 artigo 1676.º o legislador veio estabelecer que se a contribuição de um dos cônjuges para os encargos da vida familiar for consideravelmente superior ao previsto no n.º 1 dessa mesma norma (de harmonia com as possibilidades de cada um), porque renunciou de forma excessiva à satisfação dos seus interesses em favor da vida em comum, designadamente à sua vida profissional, com prejuízos patrimoniais importantes, esse

No momento da dissolução do casamento por divórcio, uma das questões mais prementes é normalmente a do destino a dar à casa de morada de família[13], desde logo porque ela constitui um elemento simbólico da família que se está a desmembrar. A atribuição da casa de morada no momento da dissolução do casamento por divórcio está, actualmente, desvinculada das vicissitudes que afectaram o casamento e que levaram um dos cônjuges ou ambos a requerer o divórcio: já não é a culpa (exclusiva ou em maior parte) de algum dos cônjuges que vai determinar a afectação da casa, mas são antes as necessidades dos cônjuges ou dos filhos que, em concreto, vão orientar a decisão sobre a atribuição do direito de uso daquela que era a casa de morada de família e que deverá continuar a ser a sede da família que lá permanece.

II. Quem decide sobre a atribuição da casa de morada da família.

A decisão sobre a utilização da casa de morada de família pode caber aos próprios cônjuges, se conseguirem chegar a acordo, ou ao tribunal, no caso de os cônjuges não conseguirem estabelecer um regime que salvaguarde não só o melhor interesse de cada um deles, mas também o dos filhos. Desde a implementação do novo regime do divórcio, em 2008, existem em Portugal duas vias para o divórcio: o divórcio por mútuo consentimento e o divórcio sem consentimento do outro cônjuge. O divórcio por mútuo consentimento depende apenas e exclusivamente do acordo das partes quanto ao divórcio. Todavia, esse divórcio seguirá uma via administrativa, isto é, estará a cargo de uma Conservatória do Registo Civil, se os cônjuges conseguirem acordar sobre três matérias complementares: quanto ao destino da casa de morada de

cônjuge tem direito de exigir do outro a correspondente compensação". Este crédito só é exigível no momento da partilha dos bens do casal (parece ser assim afastado a sua cobrança aquando da separação de meações) e na partilha, a não ser que vigore o regime da separação, caso em que deverá ser pedido em acção autónoma. VAZ TOMÉ, M. J.: "Algumas reflexões sobre a obrigação de compensação e a obrigação de alimentos entre ex-cônjuges", em COUTO GONÇALVES, L., ET AL.: *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Heinrich Ewald Hörster*, cit., p. 131 e ss, sublinha que com este regime se visa "proceder a uma redistribuição das perdas patrimonial que se verificam aquando da dissolução do casamento por divórcio, independentemente do regime de bens do casal".

[13] Constata LEITE DE CAMPOS, D.: *Lições de Direito da Família e das Sucessões*. Coimbra (1990): Almedina, p. 305, que a casa de morada de família é, para uma grande parte das famílias portuguesas, o único bem com algum significado económico de que dispõem. Vide LOBO XAVIER, RITA: "'Concentração' ou transmissão do direito ao arrendamento habitacional em caso de divórcio ou morte", em MENEZES CORDEIRO, A., PAIS DE VASCONCELOS, P., e COSTA E SILVA, P. (eds.): *Estudos em honra ao Professor Doutor José de Oliveira Ascensão II*. Coimbra (2008): Almedina, p. 1016, sobre o modo como os direitos à habitação e à protecção da residência familiar correm o risco de ser afectados pela extinção ou modificação da relação familiar ou parafamiliar que lhe estão associadas (em caso de divórcio, separação de pessoas e bens, separação de facto, morte, ausência, dissolução da união de facto).

família, quanto aos alimentos a prestar e quanto ao exercício das responsabilidades parentais[14]. Recebido o requerimento de divórcio, cabe ao Conservador apreciar os acordos apresentados, decretando o divórcio se considerar que esses acordos acautelam quer os interesses de cada um deles, quer os dos filhos. Se o Conservador considerar que esses interesses não estão devidamente acautelados, convida os cônjuges a alterá-los, recusando a homologação dos acordos e o decretamento do divórcio até que tal aconteça[15].

Se os cônjuges não estiverem de acordo quanto a estas matérias complementares, então o divórcio seguirá a via judicial. No divórcio judicial por mútuo consentimento, o juiz fixa as consequências do divórcio nas questões referidas no n.º 1 do artigo 1775.º sobre que os cônjuges não tenham apresentado acordo, como se se tratasse de um divórcio sem consentimento de um dos cônjuges. No entanto, cabe ao juiz promover e tomar em consideração o acordo dos cônjuges sobre as matérias em discussão.

No divórcio sem consentimento do outro cônjuge, o divórcio é pedido por um dos cônjuges contra o outro, com fundamento na ruptura do casamento. No que diz respeito especificamente às causas do divórcio, a causa de divórcio hoje é a ruptura do casamento, como está explanado no artigo 1781.º, quer na epígrafe do artigo, quer na cláusula geral da alínea d), onde se referem quaisquer outros factos que, independentemente da culpa dos cônjuges, mostrem a ruptura definitiva do casamento. A mesma norma indica ainda como concretizações deste princípio, e que constituem presunções inilidíveis de ruptura, a separação de facto por um ano consecutivo, a alteração das faculdades mentais do outro cônjuge, quando dure há mais de um ano e, pela sua gravidade, comprometa a possibilidade de vida em comum, bem como a ausência, sem que do ausente haja notícias, por tempo não inferior a um ano.

Estas situações estão sujeitas a um regime específico: deve o julgador presumir que onde haja a separação de facto - por um ano consecutivo -, a alteração das faculdades mentais do outro cônjuge - quando dure há mais de um ano e, pela sua gravidade, comprometa a possibilidade de vida em comum - ou a ausência - sem que do ausente haja notícias, por tempo não inferior a um ano - existe ruptura do casamento[16]. Em todas as outras

[14] No caso de existirem filhos menores e se as responsabilidades parentais ainda não tiverem sido reguladas pelo tribunal.

[15] Se for insuperável a divergência, o Conservador remete o processo para o tribunal, seguindo-se então os termos do divórcio por mútuo consentimento judicial.

[16] Na jurisprudência, vide o Ac. TRP, de 14 de Fevereiro de 2013 [Processo: 999/11.1TMPRT.P1]: "A ruptura definitiva do casamento a que alude a alínea d) do art.º

situações, aquelas que cabem na alínea d) do artigo 1781.º, o requerente tem de provar a existência de ruptura definitiva do casamento, rectius, alegar e provar os factos que demonstrarão ao tribunal que aquele casamento em concreto, como projecto de vida, falhou definitivamente, que se romperam objectivamente os laços afectivos entre os cônjuges. Em suma, que aquele casamento, objectivamente, não é mais fonte de felicidade conjugal[17]. A prova poderá revelar-se exigente. Como ensinou GUILHERME DE OLIVEIRA, "devem ser factos objectivos capazes de convencer o tribunal de que os laços matrimoniais se romperam e se romperam definitivamente", pois a utilização do artigo 1781.º, alínea d), "não deve permitir a relevância de factos banais e esporádicos" [18], nem está consagrado na nossa legislação um divórcio a

1781.º do Código Civil pode ser demonstrada através da prova de quaisquer factos, incluindo os passíveis de integrar as previsões das alíneas a) a c) do mesmo preceito sem a duração temporal nelas prevista, desde que sejam graves, reiterados e demonstrem que, objectiva e definitivamente, deixou de haver comunhão de vida entre os cônjuges". No mesmo sentido, o Ac. TRG, de 14 de Março de 2013 [Processo: 91/10.6TMBRG.G1], o Ac. STJ, de 9 de Fevereiro de 2012 [Processo: 819/09.7TMPRT.P1.S1]: e o Ac. TRG, de 11 de Setembro de 2012 [Processo: 250/10.1TMBRG.G1].

[17] Sobre o comprometimento da vida em comum, lembremos as palavras de PEREIRA COELHO, F.: "Divórcio e separação judicial de pessoas e bens", em INSTITUTO DA CONFERÊNCIA: *Reforma do Código Civil*. Porto (1981): Conselho Distrital da Ordem dos Advogados, p. 34, para o regime anterior: "Claro que em certo sentido a vida em comum nunca fica definitivamente comprometida: tudo depende da capacidade de sacrifício. Mas a 'doutrina do limite do sacrifício' formulada no direito das obrigações valerá igualmente neste domínio: a continuação da vida em comum não deve ser para o cônjuge ofendido um sacrifício exorbitante e, por isso mesmo, inexigível. A possibilidade de vida em comum fica comprometida se exceder o limite razoável do sacrifício". Também refere a especial onerosidade (exceptional hardship) para o autor como critério de análise da ruptura, OLIVEIRA, G., "A nova lei do divórcio", cit., p. 14. VIEIRA CURA qualifica o dever de consciência dos casados catolicamente de não pedirem o divórcio como um dever moral, decorrente da moral católica (e, portanto, de uma moral religiosa) e não da moral da consciência individual ou da moral social ou positiva, em "O dever de consciência dos casados catolicamente de não pedirem o divórcio nos tribunais civis", CDF/IGC: *Família, consciência, secularismo e religião*. Coimbra (2010): Coimbra, p. 226-227.

[18] O autor avança que a redacção da alínea d) poderia ser a seguinte: "d) Quaisquer outros factos que, pela sua gravidade ou reiteração, mostrem a ruptura definitiva do casamento, independentemente da culpa dos cônjuges" e explicando haver "uma razão importante, de natureza sistemática, que sugere a necessidade de uma aplicação exigente da alínea d)" que é a de ela dever "ser feita no seu contexto, isto é, em harmonia com as alíneas anteriores". Acrescenta ainda o autor: "Uma atitude mais condescendente em relação às exigências de prova que a lei definiu para as três primeiras alíneas poderia dar a sugestão de que a alínea d), afinal, poderia servir como um caminho para o divórcio simplesmente a-pedido de um dos cônjuges, por razões subjectivas, ou, pelo menos, ficar a meio caminho entre um divórcio-ruptura, por causas objectivas, e um divórcio a-pedido", acrescendo que a história das iniciativas legislativas em torno do divórcio, nos últimos anos, mostra que "o Parlamento não quis acolher um regime de divórcio a-pedido; pretendeu apenas reforçar o sistema de divórcio-ruptura, que se baseia em índices objectivos da falência irreversível do matrimónio".

pedido. Perante os factos que lhe são apresentados, o Tribunal deve identificar as razões da ruptura[19], avaliar o estado da relação matrimonial e

COLAÇO, A.: *Novo regime do divórcio*, 3.ª ed. Coimbra (2009): Almedina, refere que o cônjuge que pretenda interpor uma acção com o fundamento expresso na alínea d) do art. 1781 "terá de alegar e provar a existência de uma situação objectiva e passível de constatação, que revele uma situação de ruptura definitiva do casamento (a sua falência ou fracasso)". Aquele autor enuncia como elementos caracterizadores da "ruptura definitiva do casamento", no âmbito desta alínea: 1 – tem de ser revelada por um ou mais factos; 2 – esses factos terão de ser outros que não os constantes das demais alíneas do referido artigo; 3 – tais factos terão de ser reveladores da ruptura do casamento; 4 – essa ruptura terá de mostrar-se definitiva (e não uma ruptura esporádica ou temporária); 5 – esta situação terá de consistir numa situação objectiva, passível de ser constatada, não resultando de um mero acto de vontade de um dos cônjuges; 6 – não depende da eventual culpa de qualquer dos cônjuges; não depende da verificação de qualquer prazo.

ARAÚJO DIAS, C.: *Uma análise do novo regime jurídico do divórcio*, 2.ª ed. Coimbra (2009): Almedina, diz-nos que fundamentalmente "a principal alteração legislativa reside na eliminação das causas subjectivas do divórcio, mantendo-se a apreciação do juiz do caso concreto para preencher os conceitos indeterminados referidos na lei, nomeadamente para a determinação do que seja a 'ruptura definitiva do casamento'. De facto, podem aqui caber todos os factos que demonstrem tal ruptura, ou seja, será necessário formar o mesmo juízo que o tribunal fazia do comprometimento da vida em comum para efeitos do art. 1779º agora revogado".

Seguindo esta orientação e sublinhando que a simples alegação e prova de que o cônjuge deixou de sentir afecto não basta como fundamento para o consentimento de um dos cônjuges, LOBO XAVIER, RITA: "Liberdade individual e responsabilidade no novo regime do divórcio", cit., p. 502.

Neste sentido, o Ac. TRL, de 22 de Outubro de 2013 [Processo: 16/11.1TBHRT.L1-7]; o Acórdão TRL, de 23 de Novembro de 2011 [Processo: 88/10.6TMFUN.L1-2] e o Ac. TRP, de 22 de Abril de 2013 [Processo: 2610/10.9TMPRT.P1].

[19] A mudança de paradigma no regime do divórcio levanta a questão da relevância dos deveres dos cônjuges no casamento. É no quadro da família como o locus da afectividade que se justifica repensar o papel dos deveres dos cônjuges no actual sistema de divórcio, que pressupõe o casamento como um compromisso permanente e uma gratificação renovada. LEITE DE CAMPOS, D.: "Eu-tu: o amor e a família (e a comunidade) (eu-tu-eles)", in FDUC: *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977*, cit., p. 41, ensina que "O dever na família assume radicalmente a característica do dar(-se). Cada um, sem renunciar a si mesmo, mais, sendo completamente e cada vez mais 'amorosamente' ele mesmo, vê em cada um dos outros o que precisa para ser completamente". ALONSO PÉREZ, M.: "La familia y el Derecho de Familia", in YZQUIERDO TOLSADA, M., e CUENA CASAS, M., (Coord.): *Tratado de Derecho de la Familia I*. Navarra (2011): Editorial Aranzadi, p. 53, sublinha que o ser humano é, tanto como humano, ser familiar.

À pergunta: "ainda há deveres no casamento?", a resposta há-de ser necessariamente positiva. GUILHERME DE OLIVEIRA constata que o pluralismo contemporâneo deixa os legisladores sem capacidade para escolher e impor um modelo de boas condutas universal. A consequência só pode ser a de as leis se retraírem, evitando pormenorizar os deveres conjugais, refugiando-se na adopção de cláusulas gerais que os cônjuges – que querem ser os seus próprios legisladores – hão-de concretizar segundo o seu projecto individualizado. Paradigmática é a disciplina do BGB, em que o § 1353: "1) Die Ehe wird auf Lebenszeit geschlossen. Die Ehegatten sind einander zur ehelichen Lebensgemeinschaft verpflichtet;

decretar o divórcio se chegar à conclusão de que os laços conjugais se romperam definitivamente. Mais do que perguntar se um dos cônjuges não quer o divórcio, o Tribunal deve valorar se há um que o quer[20]. O casamento

sie tragen füreinander Verantwortung. (2) Ein Ehegatte ist nicht verpflichtet, dem Verlangen des anderen Ehegatten nach Herstellung der Gemeinschaft Folge zu leisten, wenn sich das Verlangen als Mißbrauch seines Rechtes darstellt oder wenn die Ehe gescheitert ist". Esta cláusula geral vai ser concretizada pelos tribunais caso a caso.
Aparentemente, a tendência será a de restringir a imposição de deveres conjugais ao mero dever de decidir em conjunto os actos da vida conjugal comum; será, afinal, uma imposição procedimental, que deixa em aberto todas as escolhas substanciais, levando o pluralismo e a privatização da família conjugal até um extremo que nunca se atingiu. É neste sentido a proposta da Commission for European Family Law. A Section 1353, relativa à "Conjugal community", propõe que "(1) Marriage is entered into for life. The spouses have a mutual duty of conjugal community; they are responsible for each other. (2)A spouse is not obliged to comply with the demand of the other spouse to create the community if the demand shows itself as an abuse of his right or if the marriage has broken down".
Note-se, todavia, ainda com OLIVEIRA, G., "Transformações do direito da família", cit., p. 770, que a concepção de iure condendo do Direito da Família e a sua posterior aplicação prática de iure conditio pressupõem, como ponto de partida, uma concórdia familiar e a aceitação comum dos princípios morais e éticos que levam tradicionalmente a sublinhar o conteúdo ético do direito da família (Sobre o conteúdo ético, LACRUZ BERDEJO, J.L.: Derecho de família: *El matrimonio y su economía*. Navarra (2011) [fac simile de 1963]: Civitas, p. 19 e 20; sobre a importância da família como veículo de transmissão dos valores morais, e HAYEK, F. A.: *The Constitution of Liberty*. University of Chicago Press (1978): p. 89-90). O Direito da Família é o ramo do ordenamento jurídico em que se verifica uma maior influência dos princípios morais e das convenções sociais geralmente aceites por uma comunidade política determinada, e por outro lado, a regulação jurídica do família e as pautas de conduta seguidas pela generalidade dos grupos familiares são, em geral, coincidentes. Cfr LASARTE, C.: *Derecho de familia – Principios de derecho civil*, 11.ª ed. Madrid (2012): Marcial Pons, p. 9, sobre a relevância do Direito da Família nas situações de crise.
Mas a violação dos deveres conjugais dilui-se na ruptura do casamento. A causa do divórcio é o fracasso do casamento, para o qual terão contribuído, em maior ou menor medida, a violação dos deveres conjugais. A violação dos deveres conjugais, não como facto merecedor de sanção, mas só relevam, para os tribunais, enquanto elemento indiciador da ruptura da vida conjugal (neste sentido, vide LOBO XAVIER, R., "Liberdade individual e responsabilidade no novo regime do divórcio", cit, p. 501). Considerou o Ac. TRL, de 22 Novembro de 2011 [Processo: 2659/09.4TBSXL.L1-1] que: "I - A prova de que a cônjuge mulher foi agredida pelo seu marido no seu local de trabalho é, por si só, bastante para que se decrete o divórcio entre ambos. II - Isto porque, o dever de respeito tem um carácter abrangente e significa a consideração que cada um dos cônjuges deve ter pelas liberdades individuais do outro, bem como pela sua integridade física e moral. III - A gravidade daquele acto, mesmo que não repetido, justifica a ruptura do casamento, se assim o quiser como quis, o cônjuge ofendido para preservar um direito fundamental como é o direito à sua integridade física, direito de personalidade que se sobrepõe ao instituto do casamento de natureza contratual".

[20] Com a Lei n.º 61/2008, tornou-se particularmente relevante o comportamento processual das partes. O comportamento processual é interpretativo do impacto dos factos invocados pelo cônjuge naquela concreta relação, rectius, na subsistência daquele determinado casamento. Elucidativa é a decisão do Ac. TRC, de 7 de Junho de 2011 [Processo: 394/10.0TMCBR.C1]: "Perante o descrito quadro factual e tendo presente o

faz-se a dois, e se um deles não quer continuar casado, este é um indício forte de ruptura.

No processo de divórcio sem consentimento de um dos cônjuges haverá sempre uma tentativa de conciliação dos cônjuges. Se a tentativa de conciliação não resultar, o juiz procurará obter o acordo dos cônjuges para o divórcio por mútuo consentimento; obtido o acordo ou tendo os cônjuges, em qualquer altura do processo, optado por essa modalidade do divórcio, seguir-se-ão os termos do processo de divórcio por mútuo consentimento, com as necessárias adaptações.

III. O DESTINO DA CASA DE MORADA DA FAMÍLIA ARRENDADA.

Se a casa de morada de família for arrendada, determina o artigo 1105.º do Código Civil que o seu destino poderá ser, em caso de divórcio[21], decidido por acordo dos cônjuges, podendo estes optar pela transmissão ou pela concentração a favor de um deles.

Assim, se os cônjuges estiverem de acordo quanto ao destino da casa de morada de família, a sua decisão valerá como acordo complementar no divórcio por mútuo consentimento requerido na Conservatória do registo Civil, ou como acordo a considerar se o divórcio, ainda que por mútuo consentimento, tiver de ser requerido no Tribunal. No caso de divórcio sem consentimento de um dos cônjuges, o Tribunal tem igualmente o dever de tomar em consideração o acordo dos cônjuges, ainda que a decisão seja, em última instância, uma decisão do juiz.

Na falta de acordo sobre o destino da casa de morada de família, quer no divórcio por mútuo consentimento, quer no divórcio sem consentimento, cabe ao tribunal decidir, tendo em conta, segundo o artigo 1105.º, n.º 2, "a necessidade de cada um, os interesses dos filhos ou outros factores relevantes"[22]. A transferência ou a concentração acordadas e homologadas

total alheamento/desinteresse manifestado pelo Réu no decurso e pelo desfecho dos autos [faltou à audiência conciliatória, não contestou a acção e não teve qualquer intervenção processual], afigura-se razoável afirmar como verificada factualidade suficiente integradora da 'cláusula geral' da alínea d) do art.º 1781º, do CC, podendo-se assim concluir pela ruptura manifesta do casamento, porquanto deixou inequivocamente de existir a comunhão de vida própria de um casamento". No mesmo sentido, o Ac. TRL, de 15 de Maio de 2012 [Processo: 1017/09.5TMLSB.L1-7], e o Ac. TRE, de 17 de Janeiro de 2013 [Processo: 2062/11.6TBPTM.E.

[21] Esta nova vale igualmente, por força do artigo 4.º da Lei 7/2001, de 11 de Maio, à ruptura na união de facto.

[22] Quanto à transmissão do arrendamento, decidiu o Ac. TRP, de 19 de Dezembro de 2012 [10731/10.1TBVNG.P1] que: "I - Na atribuição do arrendamento da casa de morada de

pelo juiz ou pelo conservador do registo civil ou a decisão judicial a elas relativa são notificadas oficiosamente ao senhorio.

IV. O DESTINO DA CASA DE MORADA DA FAMÍLIA PROPRIEDADE DE UM OU DE AMBOS OS CÔNJUGES.

Se a casa de morada de família for propriedade de um dos cônjuges, ou de ambos, vale o artigo 1793.º, do Código Civil, que, na sua redacção actual[23], determina que o tribunal[24] pode dar de arrendamento a qualquer dos cônjuges, a seu pedido, a casa de morada de família, quer esta seja comum quer própria do outro[25], considerando, nomeadamente, as necessidades de cada um dos cônjuges e o interesse dos filhos do casal.

---

família, os critérios essenciais a considerar são as necessidades de cada um dos cônjuges e o interesse dos filhos quando menores. II - Na mesma atribuição é avaliada a necessidade de cada um deles, deferindo-se àquele que mais precisar dela. III - Só quando as suas necessidades forem sensivelmente iguais é que haverá lugar à convocação de outros factores, tidos por secundários. (…)". Bem andou o Ac. TRP, de 22 de Novembro de 1994 [Processo: 9520683], ao decidir que: "I - A atribuição do direito ao arrendamento na sequência da acção de divórcio não pode ser outro senão o de que o direito ao arrendamento da casa de morada de família deve ser atribuído ao cônjuge ou ex-cônjuge que mais precisa dele. O objectivo da lei não é o de castigar o culpado ou premiar o inocente, como não é o de manter na casa de morada de família o cônjuge que aí tenha permanecido após a separação, mas o de proteger aquele que mais seria atingido pelo divórcio quanto à estabilidade da habitação familiar, designadamente aquele a quem tivessem sido confiados os filhos. II - A necessidade da casa parece ser o factor principal a atender".

[23] O artigo 1793.º, na redacção actual, surgiu com a Reforma de 1977 (Decreto-Lei n.º 496/77, de 25 de Novembro). A protecção nele desenhada não tem precedentes no ordenamento jurídico português, nem mesmo indirectos. Para uma análise mais profunda, SALTER CID, N.: *A protecção da casa de morada de família no Direito Português*. Coimbra (1996): Almedina, p. 102 e ss.

[24] CARVALHO FERNANDES, L.: *Teoria Geral do Direito Civil II*, 4.ª ed. Lisboa (2007): Universidade Católica Editora, p. 390, relembra que segundo a construção de Castro Mendes, e com a qual o autor concorda, ao cônjuge requerente cabe um direito potestativo misto, de exercício necessariamente judicial, de cuja actuação resulta a constituição do arrendamento. Não há, propriamente, uma obrigação de contratar da outra parte, mas sim uma situação de sujeição.

[25] Sobre o âmbito de aplicação da norma, SALTER CID, N.: *A protecção da casa de morada de família no Direito Português*, cit., p. 322-323. Para este autor, o artigo 1793.º abrange as hipóteses de a casa ser bem próprio de um dos cônjuges ou bem comum do casal (ou a de serem ambos únicos comproprietários desta) – ou as de ser apenas um, ou serem ambos, titulares de um direito no uso do qual se processava a utilização da casa para morada de família, e cujo regime permita a constituição de um arrendamento, nomeadamente o direito de usufruto e de superfície. Não contempla o autor a hipótese de a casa ser objecto de direito de habitação ou ser emprestada. Todavia, não choca ao autor a ideia de que o tribunal, quando ambos os cônjuges ou ex-cônjuges são titulares do direito à habitação, ou são ambos comodatários, possa integrar a lacuna, atribuindo a um só o direito que era de

O artigo 1793.º, que se aplica na falta de acordo entre as partes, concretiza-se através de um processo de jurisdição voluntária, regulado actualmente no artigo 900.º do CPC. O pedido é deduzido por apenso à acção de divórcio, indicando o cônjuge os factos com base nos quais entende que deve ser-lhe atribuído o direito[26]. Se o tribunal considerar de atender ao pedido do cônjuge, deve, então, dar-lhe de arrendamento a cada de morada. Este arrendamento fica sujeito às regras gerais do arrendamento para habitação, mas o tribunal pode, ouvidos os cônjuges, definir condições específicas para este contrato, nomeadamente as relativas à sua duração e ao montante da renda[27]. Quanto à duração, o tribunal poderá, por exemplo, determinar que o contrato durará até que o mais novo dos filhos do casal atinja a maioridade ou os 25 anos[28]. Quanto ao montante da renda, este deve ser tomados em conta na fixação da prestação de alimentos que eventualmente seja pedida. A noção de alimentos que resulta do artigo 2003.º, n.º 1, do Código Civil português, abrange "tudo o que é indispensável ao sustento, habitação e

ambos, desde que a tal não se oponha o título constitutivo do direito de habitação ou o contrato de comodato. PEREIRA COELHO, F., e OLIVEIRA, G., *Curso de Direito da Família I*, 4.ª ed., Coimbra (2008): Coimbra Editora, p. 674, nota 134, mostram algumas dúvidas quanto a esta última solução, pois o empréstimo da casa, embora feito aos dois, pode tê-lo sido, ainda que o contrato não seja explícito a este respeito, em atenção à pessoa do cônjuge ou do ex-cônjuge não requerente.

[26] O juiz convoca os interessados ou ex-cônjuges para uma tentativa de conciliação a que se aplica, com as necessárias adaptações, o preceituado nos n.os 1, 5 e 6 do artigo 931.º, sendo, porém, o prazo de oposição o previsto no artigo 293.º CPC.

[27] Existe em Portugal a prática judicial de não fixar montante da renda. Esta prática, que ainda se vai mantendo, é errada, pois o legislador fala expressamente na constituição de um contrato de arrendamento (definido no artigo 1022.º do Código Civil português como o contrato pelo qual alguém proporciona a outrem o gozo temporário de uma coisa mediante retribuição), do qual a renda constitui elemento essencial.

[28] A recente Lei n.º 122/2015, de 1 de Setembro, veio alterar o artigo 1905.º, n.º 2, estabelecendo que se mantém para depois da maioridade, e até que o filho complete 25 anos de idade, a pensão fixada em seu benefício durante a menoridade, salvo se o respective processo de educação ou formação professional estiver concluído antes daquela data, se tiver sido livremente interrompido ou ainda se, em qualquer caso, o obrigado à prestação de alimentos fizer prova da irrazoabilidade da sua exigência.

O Ac. TRC, de 31 de Maio de 2005 [Processo: 1247/05], havia decidido que: "I – O artº 1793º, nº 1, do Código Civil, ao referir como um dos factores de atribuição da casa de morada de família o interesse dos filhos do casal, diz respeito aos filhos menores, por serem estes que, normalmente, estão na dependência dos pais, necessitando da protecção e apoio destes. II – A circunstância, no entanto, de o filho atingir a maioridade, só por si, não é motivo de resolução do arrendamento da casa de morada de família, nos termos do disposto no nº 2 daquele normativo, se ele continua a viver com a mãe (ou o pai), em favor de quem o arrendamento fora constituído, já que a maioridade pode não significar autonomia, podendo o filho continuar na dependência económica dos pais e, portanto, a necessitar de viver com eles".

vestuário[29]", pelo que na decisão a tomar, o tribunal deve considerar estes vectores - o montante dos alimentos e o valor despendido com a habitação, com o pagamento da renda - como interdependentes[30].

O Tribunal pode, igualmente, "fazer caducar o arrendamento, a requerimento do senhorio, quando circunstâncias supervenientes o justifiquem". A lei usa a expressão caducar, mas, cremos ser pacífico que para além da modificação da situação específica que motivou o arrendamento (nomeadamente o interesse dos filhos ou do cônjuge), e que pode levar à caducidade do contrato[31], o ex-cônjuge senhorio mantém a possibilidade de resolução do contrato por incumprimento dos deveres da contraparte, pelo menos quanto a algumas das situações previstas no artigo 1083.º do CC.

Várias controvérsias doutrinais se têm levantado a propósito da atribuição da casa de morada de família após a dissolução do casamento por divórcio. A primeira delas tem a ver com a ponderação a fazer pelo julgador. Os factores a ter em conta na decisão do tribunal são, segundo o artigo 1793.º, as necessidades de cada um dos cônjuges[32] e o interesse dos filhos do casal, ao passo que no artigo 1105.º, n.º 2, que regula a transmissão do arrendamento em caso de divórcio, o legislador manda que o juiz tenha em conta "a necessidade de cada um, os interesses dos filhos ou outros factores relevantes". No âmbito da transmissão ou concentração do arrendamento, o legislador permite ao julgador a tomada em consideração de factores (como, por exemplo, a existência de um ascendente idoso ou de um outro familiar com necessidades específicas a viver na casa) que não são susceptíveis de ponderação na constituição judicial de um arrendamento.

[29] Ainda que o montante dos alimentos devidos entre ex-cônjuges, relembre-se, não abranja o mínimo indispensável, mas siga o padrão estabelecido no artigo 2106.º-A do Código Civil.

[30] Cfr. LEITE DE CAMPOS, D.: *Lições de Direito da Família e das Sucessões*, cit., p. 307-308.

[31] PEREIRA COELHO, F., e OLIVEIRA, G., *Curso de Direito da Família I*, cit., p. 677, são da opinião de que o arrendamento da casa de morada de família, constituído nos termos do art. 1793.º, 1, pode todavia ser resolvido pelo tribunal, a requerimento do senhorio, quando circunstâncias supervenientes o justifiquem (1793.º, n.º 2, 2.ª parte). Neste sentido, o Ac. TRL, de 11 de Julho de 2013 [Processo: 9779/12.6YYLSB.L1-2], aplicando as regras da resolução do arrendamento por falta de pagamento das rendas. Sobre a denúncia, vide, por todos, DUARTE PINHEIRO, J.: "O direito do arrendatário face ao casamento e ao divórcio", MENEZES CORDEIRO, A.: *Estudos em homenagem no centenário do nascimento do Professor Doutor Paulo Cunha*. Coimbra (2012): Almedina, p. 488-489.

[32] No Ac. TRP, de 22 de Junho de 2012 [3023/09.0TBPVZ-B.P1]: "I - Na atribuição da casa de morada de família, os critérios essenciais a considerar são as necessidades de cada um dos cônjuges e o interesse dos filhos. II - Não é de atribuir a casa de morada de família à requerente quando se trata de bem próprio do requerido, dispõe de outro apartamento que é bem comum do casal, o qual fica próximo daquela e oferece todas as condições de habitabilidade para si e as filhas que consigo residem".

Uma segunda questão prende-se com a delimitação dos filhos a cujo interesse se referem as normas acima mencionadas. O âmbito normativo inclui apenas os filhos comuns e os filhos do cônjuge proprietário ou também os filhos do outro cônjuge? O artigo 1105.º apresenta, também aqui, uma formulação mais abrangente, referindo-se ao "interesse dos filhos", não exigindo que sejam filhos comuns do casal, mas podendo abranger filhos de cada um deles. Note-se que, ainda que a situação normal seja a de a filiação estar estabelecida relativamente ao cônjuge que pretende o arrendamento, em Portugal, não é de excluir que os filhos (apenas) do primitivo arrendatário fiquem a residir com o outro cônjuge. O artigo 1903.º do Código Civil[33] determina que quando um dos pais não puder exercer as responsabilidades parentais, por ausência, incapacidade ou outro impedimento decretado pelo tribunal, caberá esse exercício ao outro progenitor ou, no impedimento deste, por decisão judicial: a) ao cônjuge ou unido de facto de qualquer dos pais ou b) a alguém da família de qualquer dos pais. O mesmo vale no caso de filiação estabelecida apenas quanto a um dos pais. O artigo 1904.º-A[34] determina que quando a filiação se encontre estabelecida apenas quanto a um dos pais, as responsabilidades parentais podem também ser atribuídas, por decisão judicial, ao cônjuge ou unido de facto deste, exercendo-as, neste caso, em conjunto com o progenitor. Em caso de divórcio, aplicar-se-ão os artigos 1905 e 1906.º do Código Civil.

O artigo 1793.º, por seu turno, manda tomar em consideração "o interesse dos filhos do casal". Ainda que numa interpretação estritamente literal a norma se refira apenas aos filhos comuns a ambos os (ex)cônjuges, em face da recentemente aprovada Lei n.º 137/2015, a norma abrangerá igualmente o interesse dos filhos do cônjuge proprietário, nos casos em que estes fiquem a residir com o cônjuge não progenitor.

Mas a objecção mais profunda ao artigo 1793.º vem de autores, como DIOGO LEITE CAMPOS[35], que consideram que, permitindo ao tribunal "expropriar" sem indemnização o uso da casa ao cônjuge a quem é imposto o arrendamento, o artigo 1793.º pode julgar-se ferido de inconstitucionalidade: "Portanto, a sua atribuição depois do divórcio tem particular importância. É, normalmente, objecto de acesa disputa entre os cônjuges, antes do divórcio e depois deste. Parece, assim, chocante, que ela possa ser atribuída mesmo ao cônjuge que dela não é proprietário, como o permite o artigo 1793.º. Trata-se de um caso de expropriação forçada, do uso

[33] Na redacção que lhe foi dada pela Lei n.º 137/2015, de 7 de Setembro.
[34] Também introduzido pela Lei n.º 137/2015,
[35] LEITE DE CAMPOS, D.: *Lições de Direito da Família e das Sucessões*, cit., p. 305. No mesmo sentido, PITÃO, F.: *Uniões de facto e economia comum*, 3.ª ed.. Coimbra (2011): Almedina, p. 201.

da casa, que se deve considerar inconstitucional[36]", pelo que só em casos excepcionais, na opinião do autor, deverá o tribunal entregar a casa de morada de família ao cônjuge que não seja o seu proprietário. É certo que esta posição não é incontroversa na doutrina. PEREIRA COELHO e GUILHERME OLIVEIRA[37] e NUNO SALTER CID[38], pelo contrário, consideram que a lei terá sacrificado o direito de propriedade, constitucionalmente protegido pelo artigo 62.º da CRP[39], ao interesse da família, igualmente objecto de protecção constitucional (no artigo 67.º da Constituição[40]). Nas palavras deste último autor: "A justificação destas soluções da lei, algo anómalas, passa certamente pela consideração da relevância constitucional atribuída à família e à respectiva protecção (cometida ao Estado), que seguramente abrange a sua desagregação pelo divórcio".

Cremos que a razão está com o primeiro autor.

O artigo 1793.º CC afecta uma posição do proprietário constitucionalmente garantida, consubstanciando uma diminuição da dimensão garantística do direito de propriedade, consagrada no artigo 62.º da CRP, entendida como norma jusfundamental permissiva do livre uso, aproveitamento e fruição dos bens[41]. A imposição de um arrendamento forçado impõe, indubitavelmente, ao proprietário uma limitação na sua titularidade, uma interferência com a sua potestas uti domini que cabe no âmbito de protecção do artigo 62.º.
É certo que poderíamos aduzir argumentos que atenuassem a gravidade da interferência, por exemplo, desde logo, o facto de o arrendamento ser um acto de fruição do bem, e portanto, ainda que o proprietário, por força da constituição forçada do arrendamento, não possa retirar utilidades directas da coisa através do seu uso, não fica, em resultado da aplicação do artigo 1793.º, privado das utilidades indirectas proporcionadas pela casa, através do

[36] LEITE DE CAMPOS, D.: *Lições de Direito da Família e das Sucessões*, cit., p. 307.
[37] Cfr. PEREIRA COELHO, F., e OLIVEIRA, G.: *Curso de Direito da Família I*, cit., p. 674, nota 134.
[38] SALTER CID, N.: *A protecção da casa de morada de família no Direito Português*, cit., p. 342.
[39] O artigo 62.º da CRP, com a epígrafe "Direito à propriedade privada" determina que: "1. A todos é garantido o direito à propriedade privada e à sua transmissão em vida ou por morte, nos termos da Constituição. 2. A requisição e a expropriação por utilidade pública só podem ser efectuadas com base na lei e mediante o pagamento de justa indemnização.
[40] O artigo 67.º, n.º 1, da CRP, estabelece que: "A família, como elemento fundamental da sociedade, tem direito à protecção da sociedade e do Estado e à efectivação de todas as condições que permitam a realização pessoal dos seus membros".
[41] Relembramos CANOTILHO, G., e MOREIRA, V.: *Constituição da República Portuguesa Anotada I*, 4.ª ed.. Coimbra (2007): Coimbra Editora, anot. ao artigo 62.º, p. 804, VIII, SOUSA RIBEIRO, J.: *O direito de propriedade na jurisprudência do Tribunal Constitucional*. Lisboa (2009): p. 12, SOUSA FRANCO, A., e D'OLIVEIRA MARTINS, G.: *A Constituição económica portuguesa*. Coimbra (1993): Almedina, p. 171, bem como os Acórdãos TC n.º 328/94 [Relator: BRAVO SERRA], de 13 de Abril, n.º 148/05 [Relator: VÍTOR GOMES], de 16 de Março, e n.º 345/09 [Relator: VÍTOR GOMES], de 8 de Julho.

recebimento da renda. Este argumento não procede, porém, porque posterga, irremediavelmente, a relação entre o direito de propriedade do titular e o desenvolvimento da sua personalidade.

O artigo 1793.º não obriga o proprietário, apenas, a um arrendamento forçado - violando seu o direito de dispor do bem, impondo uma afectação a que o proprietário se opôs, ou nas condições em que se opôs -, mas um arrendamento forçado a uma pessoa com quem o proprietário já não tem uma relação familiar, porque a que tinha se dissolveu por divórcio.

Estamos, precisamente, naquele núcleo da propriedade irredutivelmente ligado à pessoa do seu titular. Na verdade, o legislador - ao impor um arrendamento a um proprietário que não o deseja, e que esse arrendamento seja celebrado precisamente com uma pessoa cuja ruptura da vida em comum com o proprietário acabou de ser constatada – atinge de forma inexorável a concretização e o desenvolvimento do seu projecto de vida. Que esse caminho de vida tenha sido imposto ou escolhido, não é relevante. O que é determinante é que o proprietário da antiga casa de morada de família não quer manter o seu bem na disponibilidade de alguém, i.e., não quer manter uma vinculação negocial, com quem não vai seguir no caminho da vida, porque acabou precisamente de se desvincular dessa pessoa, afectivamente, ou, pelo menos, do compromisso formal que haviam assumido de partilhar uma plena comunhão de vida. O artigo 1793.º coarcta, pois, ao ex-cônjuge, a liberdade de acção decorrente do direito de propriedade, já que este, ou não daria a casa em arrendamento, ou, a dá-la em arrendamento, não a cederia àquele "velho desconhecido" com quem vem de sofrer o fracasso da vida conjugal[42].

A afectação da propriedade ao ex-cônjuge apresenta, pois, nesta situação um forte impacto no desenvolvimento da personalidade do proprietário, porque o arrendamento imposto pelo juiz vai manter em relação duas pessoas que, voluntariamente ou não - quanto ao proprietário, dependendo de ter sido ele a pedir o divórcio -, viram dissolvida a relação pessoal e familiar que as unia.

[42] AMARAL, M. L.: *Responsabilidade do Estado e dever de indemnizar do legislador*. Coimbra (1989): Coimbra Editora, p. 546: "A CRP defende e protege a propriedade privada porque a encara como um espaço de autonomia pessoal, isto é, como um instrumento necessário para a realização de projectos de vida livremente traçados, responsavelmente cumpridos, e que não podem nem devem ser interrompidos ou impossibilitados por opressivas ingerências externas – venham elas do Estado, venham elas da sociedade". Ver, ainda, MELO ALEXANDRINO, J.: *A estruturação do sistema de direitos, liberdades e garantias na Constituição Portuguesa II (A construção dogmática)*. Coimbra (2006): Almedina, p. 677, sobre o papel da autonomia na liberdade de disposição dos bens.

É certo que o direito de propriedade não é um direito absoluto, mas antes um direito a ser moldado pelo legislador, "nos termos da constituição", entendida esta locução não apenas em sentido negativo, como uma autorização ao legislador para restringir, mas conferindo-lhe também uma integração positiva do sentido: que tome em consideração a relação dos bens com o desenvolvimento da personalidade do titular, enquanto meio adequado e necessário para a realização e concretização da sua individualidade, para a promoção das suas diferenças e autonomia. A propriedade é, repetimos, um meio nuclear de afirmação da personalidade do seu titular, da modelação do seu projecto de vida, enfim, do seu caminho vivencial, e, em termos relacionais, constitui uma manifestação e expressão de decisões valorativas radicalmente pessoais e livres, merecedoras de tutela e oponíveis à comunidade e aos poderes públicos, em geral.

O legislador é o órgão especialmente vocacionado, no quadro dos diferentes órgãos de soberania, para a "criação" e a "dinamização" da ordem jurídica, e democraticamente legitimado para tanto, é ao legislador que fica, por isso, confiada, em primeira linha, a tarefa ou o encargo de, em cada momento histórico, "ler", traduzir e verter no correspondente ordenamento aquilo que nesse momento são as decorrências, implicações ou exigências dos princípios "abertos" da Constituição (tal como, justamente, o princípio da "dignidade da pessoa humana")[43].

Se a garantia constitucional da propriedade é uma garantia sob reserva de lei[44], o legislador não é, no entanto, livre de conferir qualquer conteúdo à norma restritiva do direito. É necessário que esta norma restritiva tenha, na perspectiva global da Constituição, um sentido que seja conforme com o quadro valorativo estabelecido[45]. No domínio dos direitos, liberdades e garantias, a vinculação do legislador pela Constituição é absoluta.

Quando haja de reconhecer-se e admitir-se como legítimo, na comunidade jurídica, um "pluralismo" mundividencial ou de concepções, sem dúvida cumprirá ao legislador democrático decidir, mas sempre dentro dos limites constitucionalmente estabelecidos. As intervenções de cunho restritivo, todavia, nos termos do artigo 18.º, n.º 2 e 3, não devem exceder o necessário

[43] Cfr. Acórdão TC n.º 105/90 [Relator: BRAVO SERRA], de 29 de Março.

[44] Vide REIS NOVAIS, J.: *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*, 2.ª ed.. Coimbra (2010): Coimbra Editora, p. 180-181, sobre a materialização ou densificação de direitos fundamentais, em que o legislador vai mais além do que dar forma, do que conformar o direito em questão: ele tem aqui, por força da remissão ou da recepção constitucional, expressa ou implícita, uma função que, pelo menos parcialmente, é constitutiva do próprio direito.

[45] MIRANDA, J., e MEDEIROS, R.: *Constituição Portuguesa Anotada I*. Coimbra (2005): Coimbra Editora, anot. ao artigo 18.º, p. 154, VI.

para salvaguarda de outros direitos e interesses constitucionalmente protegidos, nem afectar o conteúdo essencial dos preceitos constitucionais que os tutelam. A Constituição impõe ao legislador um dever de respeito pelos direitos fundamentais, e no direito português, pelo direito de propriedade, abstendo-se de ofender, de restringir ou limitar o direito para além dos casos em que tal seja necessário para salvaguarda de outros direitos ou valores constitucionais e sempre no respeito por princípios de proporcionalidade[46].

A pergunta que se segue é, pois, a seguinte: o artigo 1793.º visa proteger a família, tal como ela é constitucionalmente garantida no artigo 67.º da CRP?

A resposta é necessariamente positiva quando haja filhos ou outros familiares do cônjuge proprietário a residir na casa. Nessa situação, a constituição da relação de arrendamento contra a vontade do proprietário é, inelutavelmente, uma restrição que serve os interesses, constitucionalmente protegidos, os da (sua) família. Na situação em que haja filhos ou outros familiares do proprietário ou comproprietário[47], e estes fiquem a morar na casa, a norma é legítima e a restrição ao direito de propriedade é constitucionalmente justificável[48]: o objectivo prosseguido é legítimo e a medida é adequada a esse fim.

Mas cabe ainda perguntar: quando não existam filhos ou estes não fiquem a morar na casa, justifica-se, constitucionalmente, a atribuição da casa de morada de família ao ex-cônjuge, contra a vontade do proprietário?

Relembramos que os termos da protecção da família, imposta pelo artigo 67.º da Constituição, são conformados pelo legislador ordinário. Nas suas

---

46 VIEIRA DE ANDRADE, J. C.: "A protecção de direito fundado em patente no âmbito do procedimento de autorização da comercialização de medicamentos", *RLJ* (2008), n.º 3953, p. 72.

47 Cfr. o Ac. TRC de 13 de Junho de 2000 [Processo: 1094/2000] e o Ac. STJ, de 16 de Dezembro de 1999 [Processo: 99A998].

48 Ainda há família nuclear fundada na parentalidade. Sobre a evolução histórica da família parental e da família nuclear, ver BONILINI, G.: *Manuale di diritto di famiglia*, 2.ª ed.. Turim (2002): UTET, p. 4 e 5. Sobre a ética do cuidado, ver BELLOSO MARTÍN, N.: "El cuidado ?valor ético o jurídico? Unas reflexiones a partir del principio de dignidade", em SILVA PEREIRA, T., e OLIVEIRA, G., (eds.): *Cuidado e Vulnerabilidade*. São Paulo (2009): Editora Atlas, p. 331 e ss. Sobre a tensão entre responsabilidade moral e jurídica, vide LIND, C.: "Conclusion: Regulating for Responsibility in an Age of Complex Families", em BRIDGEMAN J., KEATING H. e LIND C.: *Responsibility, Law and the Family*. Farnham (2008): Ashgate, p. 270 e ss. Sobre a família responsável (no que agora analisamos, pelo cuidado dos seus), e a importância do Direito da Família para ordenar e re-ordenar o equilíbrio da responsabilidade, cfr. DIDUCK, A., "Family Law and Family Responsibility", em BRIDGEMAN J., KEATING H. e LIND C.: *Responsibility, Law and the Family*, cit., p. 255 e ss.

determinações normativas, o legislador vai paulatinamente valorando as relações e os institutos do Direito da Família. Nas palavras de NUNO DE SALTER CID[49]: "A lei, a par da sua função ordenadora, possui igualmente uma importante e inegável 'força sugestiva', não só reflectindo, mas também induzindo um modo de ser e de estar em sociedade e em família". Como escreveu ISABEL DE MAGALHÃES COLLAÇO[50], o Direito da Família e o das Sucessões são "o esteio que sustenta valores consolidados da vida social, ao mesmo tempo que abrem as portas às modificações que as exigências dos novos tempos reclamam". É, pois, ao legislador que cabe manter a necessária conexão entre Direito e realidade social[51].

O conceito constitucional de família é um conceito aberto, que admite não só diversas conformações legislativas, mas também diversas concepções políticas, éticas ou sociais, sendo confiada ao legislador ordinário a tarefa de, em cada momento histórico, apreender e verter no ordenamento aquilo que nesse momento corresponda às concepções dominantes nesta matéria. Na Reforma de 2008, o legislador veio deliberadamente assumir o casamento como uma fonte de felicidade conjugal e como laço que deveria subsistir apenas e enquanto os dois cônjuges quisessem. Frustrado o projecto conjugal, cada um dos cônjuges tem direito a seguir livremente a sua vida, sem declarações de culpa nem sanções acessórias associadas a essa declaração.

A interpretação da Constituição é concretização, ensinou GADAMER. Para que a concretização possa ocorrer têm de se verificar pelo menos duas condições: em primeiro lugar, o intérprete só pode compreender o conteúdo da norma numa situação histórica concreta, na qual ele se encontra. O intérprete entende a norma com a sua pré-compreensão e é esse seu anteprojecto ou hipótese da leitura da Constituição que deve vir, depois, a ser objecto de confirmação, correcção ou revisão; em segundo lugar, o intérprete deve relacionar a norma com um problema concreto – nesse sentido, não existe interpretação constitucional independentemente do problema concreto[52]. Poderá o ex-cônjuge caber no âmbito normativo do artigo 67.º, enquanto família?

---

[49] SALTER CID, N.: *A protecção da casa de morada de família no Direito Português*, cit., p. 1.

[50] MAGALHÃES COLLAÇO, I.: "A Reforma de 1977 do Código Civil de 1966. Um olhar vinte e cinco anos depois", in FDUC: *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977*, cit., p. 40.

[51] Cfr. ANGIOLINI, V.: *Costituente e constituto nell'Italia republicana*. Pádua (1995): CEDAM, p. 245 e ss, sobre a descrição constitucional e a prescrição legislativa.

[52] MELO ALEXANDRINO, J., "Como ler a Constituição – Algumas coordenadas", organizado por JORGE MIRANDA, J., ET AL.: *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Paulo de Pitta e Cunha III*. Coimbra (2010): Almedina, p. 514-515.

A Reforma de 2008 tinha um objectivo de política social muito preciso[53]: conformar a família conjugal como uma relação baseada na felicidade conjugal, na comunhão de afectos entre os cônjuges, e na liberdade individual de fazer constatar a ruptura da relação, de extinguir um laço que se fragilizou definitivamente. Liberto da censura da culpa (sem declaração de cônjuge culpado nem sujeição a sanções acessórias ligadas à culpa) e das esteias do institucionalismo conjugal (como resulta desde logo da cessação da afinidade e a consequente quebra dos laços familiares do ex-cônjuge com os parentes do outro), o indivíduo torna-se responsável pelo condução da sua vida, responsável por seguir o caminho no sentido de construção da sua felicidade. Esta nova concepção influirá, e muito, na delimitação e no modo como devemos encarar a relação jurídica entre os ex-cônjuges.

O legislador explicitou esta directriz, por exemplo, no regime dos alimentos, ao determinar que cada um dos cônjuges tem o dever de prover à sua auto-subsistência. Embora a doutrina considere que a Reforma de 2008 não visa extinguir com a solidariedade pós-conjugal [54], a verdade é que a considerarmos que esta subsiste, temos de a considerar a um nível muito ténue. Para além de o cônjuge credor não ter direito à manutenção do padrão de vida de que beneficiou na constância do matrimónio, o tribunal deve dar prevalência a qualquer obrigação de alimentos relativamente a um filho do cônjuge devedor sobre a obrigação emergente do divórcio a favor do ex-cônjuge.

Do mesmo modo, a liberdade de fazer constatar a ruptura da relação e de extinguir o laço do casamento tem agora reflexos na afinidade, ou seja, a relação (familiar) do cônjuge com os parentes do outro, que também cessa com o divórcio[55]. Se até 2008, após a dissolução do casamento por divórcio, o cônjuge passava a ex-cônjuge, mas permaneciam as relações familiares de cada um deles com os parentes do outro, depois da Reforma de 2008 extinguem-se ambas as relações, a conjugal e a de afinidade.

Somos, pois, argumentos que nos conduzem à opinião de que os ex-cônjuges não mantêm uma relação entre si que possa ser qualificada como familiar, para efeitos de protecção do artigo 67.º da CRP.

---

[53] Como salienta CANOTILHO, G.: *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. Coimbra (1982): Coimbra Editora, p. 237: "a tarefa legislativa é, em grande medida, uma actividade inicial e autónoma de fixação de fins dentro dos quadros materiais da constituição – é qualificação de interesses públicos primários".

[54] Sobre a necessidade como fundamento exclusivo da obrigação de alimentos face ao regime actual, VAZ TOMÉ, M. J.: "Algumas reflexões sobre a obrigação de compensação e a obrigação de alimentos entre ex-cônjuges", cit., p. 454.

[55] Cfr. artigo 1585.º CC.

Assim sendo, a atribuição da casa de morada de família a ex-cônjuge, quando não haja filhos, ou quando os filhos não fiquem a residir na casa[56], é, em nossa opinião, uma restrição ao direito de propriedade que não nos parece constitucionalmente justificada por outros "direitos ou interesses legalmente protegidos". Não é possível, por inexistentes, estruturar operadores de concretização que nos conduzam a uma densificação do artigo 67.º da CRP como abrangendo o ex-cônjuge no conceito normativo de família.

Somos, pois, da opinião que o artigo 1793.º consubstancia uma restrição não justificada ao direito do ex-cônjuge proprietário. Não havendo filhos, e portanto não subsistindo uma relação familiar fundada na parentalidade, ou outros familiares, que residissem e continuem a residir na casa, parece-nos que a norma que permite ao tribunal atribuir a casa de morada de família ao ex-cônjuge requer um "aggiornamento" e, na falta de revogação expressa, deve ser desaplicada pelos tribunais[57]. Mesmo para quem entendesse que o

[56] Sobre a questão da residência alternada, vide ANTOKOLSKAIA, M.:"Shared residence from a comparative perspective: a Solomon's Judgment New-Style?", in BÜCHLER, A., e MÜLLER-CHEN, M. (eds.): *Festschrift für Ingeborg Schwenzer zum 60*. Geburtstag. Berna (2011): Stämpli, p. 70-72, que contextualiza a evolução das respostas legais à residência alternada na mudança de paradigma dos papéis do homem e da mulher na família e na nova paternidade. O envolvimento dos pais mudou não apenas quantitativamente mas também qualitativamente. As relações dos pais com os seus filhos são mais profundas, mais afectuosas e mais íntimas. CARDIA VONÈCHE, L., e CADOLLE, S., "Quand le conflit conjugal est un conflit parental", em BÜCHLER, A., e MÜLLER-CHEN, M. (eds.): *Festschrift für Ingeborg Schwenzer zum 60. Geburtstag*. Berna (2011): Stämpli, p. 326, define que o bom divórcio, segundo o interesse da criança, é aquele que os pais continuam em comunicação e favorecem os contactos da criança com o outro progenitor.

[57] A questão foi recentemente analisada pelo Tribunal Constitucional, no Acórdão TC n.º 127/13 [Relator: VÍTOR GOMES], de 27 de Fevereiro que, todavia, não retirou as adequadas conclusões. O Tribunal começa por afirmar que: "De acordo com o regime legal em que o segmento normativo agora questionado se insere e da qual não pode ser isolado para compreensão da questão que neste recurso é colocada, esta específica vinculação da propriedade só existe por causa da família e poderá deixar de subsistir quando circunstâncias supervenientes o justificarem". O Tribunal segue pois, sem questionar, a doutrina e a jurisprudência dominantes na matéria, ao considerar que a restrição do artigo 1793.º do CC aos poderes do proprietário é justificada pela família, enquanto valor constitucional Na verdade, é da essência do vínculo conjugal – só desse modo de constituição da família aqui cuidamos – afectar a situação pessoal e patrimonial dos cônjuges, gerando direitos e deveres que podem perdurar para além da sua dissolução, designadamente em matéria de alimentos, que é o efeito mais próximo daquele que agora analisamos. O Tribunal continua depois, afirmando que: "trata-se de norma conformadora do estatuto jurídico de um bem (aquele em que a família estabeleceu o centro da vida familiar) por ter sido afectado pelos cônjuges a uma determinada finalidade que se entende exigir protecção especial, no contexto da relação familiar e por causa dela, mesmo depois da dissolução do vínculo. Não se trata de um sacrifício imposto ao titular em nome de uma genérica hipoteca social da propriedade, mas de manter uma situação emergente dos efeitos do casamento e que vai para além dele. Aliás, os direitos de cada um dos cônjuges sobre o bem em que o casal estabelece o centro da vida familiar sofrem compressão noutros

artigo 1793.º se trata de uma restrição justificada e que ainda existe um resquício de família, enquadrável no âmbito normativo do artigo 67.º da CRP, sempre se dirá que a medida legislativa não seria proporcional[58].

Vejamos. A ideia de proporcionalidade lato sensu representa, hoje, uma importante limitação ao exercício do poder público, servindo a garantia dos direitos e liberdades individuais[59]. Consagrada no artigo 18º, n.º 2, da CRP,

aspectos, designadamente, na alienação ou oneração (artigo 1682.º-A do CCv), na disposição do direito ao arrendamento (1682.º-B) do CCv)".
O Tribunal, ao chamar à decisão e a equiparar as compressões resultantes dos artigos 1682.º do CC, que são ilegitimidades conjugais, na constância do casamento, com o artigo 1773.º, que trata da atribuição da casa de morada em arrendamento ao cônjuge não proprietário, equiparou o que não é equiparável: o estatuto patrimonial dos bens na constância do casamento e o seu estatuto após a sua dissolução por divórcio. E no mesmo equívoco incorre quando conclui que: "É uma norma de vinculação da propriedade, mas enquanto incidente sobre um bem em especial e de um tipo de proprietário e beneficiário: a casa de morada de família e o ex-cônjuge relativamente ao outro. Cabe, atendendo à imposição constitucional de protecção da família, nos poderes de determinação legislativa do conteúdo da propriedade 'nos termos da Constituição'". Considerar a constituição de um arrendamento forçado a favor do ex-cônjuge como uma resposta à imposição constitucional de protecção da família é não relevar a forma como o legislador, em 2008, conformou a comunhão conjugal e a sua dissolução por divórcio. Sobre o "positivismo jurisprudencial", que se autocompraz com padrões alcançados, numa mera repetição de fórmulas e correntes, MOTA PINTO, P.: "Reflexões sobre jurisdição constitucional e direitos fundamentais nos 30 anos da Constituição da República Portuguesa", *Themis* (ed. especial 30 Anos da Constituição Portuguesa 1976-2006), p. 215. É certo que a actividade interpretativa-aplicativa de normas constitucionais exige uma dimensão teórico-descritiva e prático-normativa, pelo que a metódica constitucional toma os textos como ponto de partida da construção de normas jurídicas, mas vai para além deles, na medida em que a interpretação dos textos constitucionais é uma mediação-atribuição de sentido. CANOTILHO, G.: *Direito constitucional e teoria da constituição*, 7.ª ed.. Coimbra (2003): Almedina, p. 1118.

[58] Abertura jurisprudencial para esta solução encontra-se no Acórdão TC n.º 127/13 [Relator: VÍTOR GOMES], de 27 de Fevereiro: "9**.** Lembre-se, finalmente, que o que está em apreciação, embora deva ser interpretado no conjunto do preceito, é norma a do n.º 1 do artigo 1793.º do Código Civil, em si mesmo, porque foi assim constituída em objecto do presente recurso. Não se exclui que outros princípios constitucionais, designadamente os decorrentes do princípio da proporcionalidade, devam intervir no escrutínio da conformidade à Constituição de específicos sentidos normativos com que o preceito seja aplicado. Mas não caberia na competência deste Tribunal – nem isso, aliás, lhe é pedido, atendo-se o recorrente a uma rigorosa formulação normativa da questão – determinar se, nas concretas circunstâncias, ocorrem os pressupostos capazes de justificar a solução. E, ainda que fosse possível configurar normativamente uma questão que permitisse absorver para o controlo de constitucionalidade tal realidade, não pode o Tribunal proceder oficiosamente a essa definição, apenas podendo pronunciar-se sobre a questão de constitucionalidade da norma tal como o recorrente a identificou".

[59] Na jurisprudência, o Tribunal Constitucional tem reconhecido e aplicado, em várias decisões, o princípio da proporcionalidade. Veja-se o Acórdão TC n.º 634/93 [Relator: LUÍS NUNES DE ALMEIDA], o Acórdão TC n.º 274/98 [Relator: ARMINDO RIBEIRO

no que às restrições a direitos, liberdades e garantias diz respeito, a exigência de proporcionalidade, enquanto princípio geral de limitação do poder público, pode ancorar-se no princípio geral do Estado de Direito e impõe os limites resultantes da avaliação da relação entre os fins e as medidas públicas, devendo o Estado (legislador ou administrador) adequar a sua acção aos fins pretendidos, não tomando medidas desnecessárias ou excessivamente restritivas.

São subprincípios constitutivos do princípio da proporcionalidade o princípio da conformidade ou adequação de meios, o princípio da exigibilidade ou da necessidade (Erforderlichkeit) e o princípio da proporcionalidade em sentido restrito (Verhältnismässigkeit): entendido como princípio da justa medida[60].

O primeiro destes princípios requer que a medida adoptada para a realização do interesse público a proteger – no âmbito problemático em que nos movemos, a família - deva ser apropriada à prossecução do fim ou fins a ele subjacentes[61]. A exigência de conformação pressupõe que o acto do poder público seja apto para e conforme aos fins justificativos da sua adopção (Zielkonformität Zwecktauglichkeit).

Pressuposta a legitimidade do fim consignado na norma, a idoneidade traduz-se na existência de um meio adequado à sua prossecução. Perante um bem juridicamente protegido, a família, a intervenção ou a providência a adoptar pelo órgão competente teria de estar em correspondência com ele. A liberdade de conformação do legislador, recorde-se, é muito ampla neste campo e deve ser tomada em consideração ao estabelecer a relação de adequação meio-fim.

Todavia, ainda que entendêssemos que o legislador ao escolher um arrendamento forçado a favor do ex-cônjuge estaria a usar do meio adequado para a satisfação das suas necessidades, o princípio da exigibilidade ou da necessidade impõe que o cidadão cujo direito esteja a ser restringido tenha direito à menor desvantagem possível. Destaca-se como elemento operativo a ideia de exigibilidade material, pois o meio deve ser o mais poupado

MENDES], de 9 de Março; o Acórdão TC n.º 451/95 [Relator: GUILHERME DA FONSECA], de 6 de Julho; o Acórdão TC n.º 758/95 [Relator: LUÍS NUNES DE ALMEIDA], de 20 de Dezembro; o Acórdão TC n.º 1182/96 [Relator: SOUSA BRITO], de 20 de Novembro; o Acórdãos TC n.º 176/00 [Relator: BRAVO SERRA], de 22 de Março e Acórdão TC n.º 202/00 [Relator: PAULO MOTA PINTO], de 4 de Abril; o Acórdão TC n.º 484/00 [Relator: PAULO MOTA PINTO], de 22 de Novembro.

[60] Seguimos CANOTILHO, G.: *Direito constitucional e teoria da constituição*, cit., p. 270.

[61] Cfr., por todos, o Acórdão TC n.º 1182/96 [Relator: SOUSA BRITO], de 20 de Novembro.

possível quanto à limitação dos direitos fundamentais. A necessidade do meio significa que é aquele, entre todos os que poderiam ser escolhidos in abstracto, que melhor satisfaz em concreto, com menos custos, a realização do fim; e, assim, é essa providência, essa decisão que deve ser tomada. Como decidiu o Tribunal Constitucional[62]: "essas medidas restritivas têm de ser exigidas para alcançar os fins em vista, por o legislador não dispor de outros meios menos restritivos para alcançar o mesmo desiderato". Esta exigência coloca outra dificuldade à solução encontrada pelo legislador. Na verdade se o (legítimo) objectivo a alcançar fosse a protecção da família (por ainda enquadrarmos o ex-cônjuge nessa categoria), mesmo que considerássemos a constituição de um arrendamento forçado sobre a habitação do ex-cônjuge proprietário um meio adequado para o alcançar, não cremos que esta medida legislativa constitua aquela que satisfaça com menos custos a realização do fim., por contraposição, por exemplo, com o estabelecimento de uma pensão de alimentos, que visa, como resulta do artigo 2103.º CC, prover ao sustento, habitação e vestuário do alimentado.

Tratando-se, pois, de exigir que a intervenção, nos seus efeitos restritivos ou lesivos, se encontre numa relação "calibrada" – de justa medida – com os fins prosseguidos, é necessária uma ponderação, graduação e correspondência dos efeitos e das medidas possíveis[63]. Ora, havendo sempre sacrifício patrimonial do titular da propriedade a favor do ex-cônjuge, em termos pessoais é mais aceitável uma contribuição monetária do que o arrendamento forçado de um bem de que se é titular e a vinculação negocial de um ex-cônjuge. Ora, o meio adequado para acudir às necessidades habitacionais do ex-cônjuge há-de ser, assim, o da prestação de alimentos. Na verdade, instituída que seja uma prestação de alimentos, sempre o julgador ou as partes podem aí ponderar as necessidades do cônjuge requerente.

O legislador português não adoptou a medida menos intrusiva com os mesmos efeitos na prossecução do fim visado. Ao não respeitar este requisito, mesmo admitindo-se que o objectivo do preceito é legítimo, o que não aceitamos, sempre a norma resultante do artigo 1793.º consubstanciará uma restrição excessiva do direito de propriedade do ex-cônjuge que se opõe à constituição da relação de arrendamento[64].

---

[62] Acórdão TC n.º 634/93 [Relator: LUÍS NUNES DE ALMEIDA], de 4 de Novembro.

[63] Acórdão TC n.º 187/01 [Relator: PAULO MOTA PINTO], de 2 de Maio.

[64] O artigo 4.ª da Lei n.º 7/2001 manda aplicar o artigo 1793.º às situações de ruptura da união de facto, ou seja, veio estabelecer o mesmo tratamento legal dos ex-unidos e dos ex-cônjuges no que à atribuição da casa de família diz respeito. A aplicação à união de facto dos artigos 1793.º CC e 1005.º CC corresponde a anterior jurisprudência do Tribunal Constitucional (Sobre o debate na doutrina e a irradiação da proibição constitucional de discriminação entre filhos nascidos dentro e fora do casamento no regime da união de

facto, ver SALTER CID, N.: *A comunhão de vida à margem do casamento: entre o facto e o Direito*. Coimbra (2005): Almedina, p. 512 e ss).

O acórdão TC n.º 359/91 [Relator: MONTEIRO DINIZ], de 9 de Julho, declarou inconstitucional uma determinada interpretação segundo a qual as normas dos n.os 2, 3 e 4 do artigo 1110.º do CC - que prescreviam que, em caso de divórcio ou de separação judicial de pessoas e bens, o direito ao arrendamento da casa de morada de família podia ser atribuído, por acordo dos cônjuges ou ex-cônjuges, ou, na falta deste, por decisão judicial, ao cônjuge ou ex-cônjuge não arrendatário - não eram aplicáveis às uniões de facto, mesmo que destas houvesse filhos menores. O Tribunal desenvolveu a sua argumentação em torno do artigo 36.º, n.º 4, da Constituição e aplicou o princípio da não discriminação entre filhos nascidos dentro e fora do casamento. Nas palavras do Acórdão: "a regra sobre a atribuição da casa de morada de família contém diversos princípios informadores dos quais, em última análise, no plano da respectiva aplicação, vai depender o sentido da própria regra. Ora, um desses conteúdos normativos de que pode depender a transferência do arrendamento, consubstancia-se num princípio da protecção do interesse dos filhos menores. E, desde que se entenda, que o interesse dos filhos apenas vale no caso dos filhos nascidos do casamento e não já relativamente aos filhos cujos pais viviam em união de facto, parece seguro que, no plano específico deste segmento normativo, então erigido em critério decisivo de atribuição do arrendamento se verifica um manifesto tratamento discriminatório relativamente aos filhos cujos pais viviam em união de facto". Em consequência, o Tribunal decidiu: "considerar inconstitucional o Assento de 23 de Abril de 1987, pois que, por força dele, consente-se um tratamento diferenciado entre filhos menores, consoante sejam nascidos dentro ou fora do casamento, impondo-se a estes últimos um regime de manifesto desfavor relativamente àqueles, tudo em aberta contravenção com o disposto no artigo 36.º, n.º 4, da Constituição".

O Acórdão TC n.º 1221/96 [Relator: TAVARES DA COSTA], de 4 de Dezembro, julgou inconstitucional, por violação do disposto no n.º 4 do artigo 36.º da Constituição da República, a norma do artigo 1793.º na interpretação segundo a qual o regime nela previsto não é aplicável às situações de cessação da união de facto, se constituída esta more uxorio, havendo filhos nascidos dessa união. O Tribunal considerou de manter a linha jurisprudencial seguida pelo Acórdão TC n.º 359/91, pois: "é evidente a correlação entre as situações contempladas nos nºs. 2 e 3 do artigo 1110º e no nº 1 do artigo 1793º: visam aquelas, além do mais, a destinação da casa de morada da família quando os cônjuges vivam em casa arrendada; cuida a última da destinação da casa de morada da família pertença em comum ou própria de um dos cônjuges", sublinhando que "num caso e noutro, o interesse dos filhos do casal é erigido como critério de ponderação: nesta perspectiva torna-se evidente a similitude entre a situação decorrente da atribuição da casa de morada da família estabelecida em imóvel pertencente a um dos membros do casal e a casa de morada da família constituída em prédio arrendado por um dos membros desse casal".

Em todos os casos decididos até agora pelo Tribunal Constitucional, com excepção do recente Acórdão TC n.º 127/13, existiam filhos menores nascidos da relação e subsistia, portanto, uma relação familiar. A Lei n.º 7/2001, porém, como já antes dela a Lei n.º 135/99, não só confirmaram a jurisprudência de extensão dos efeitos da ruptura do casamento à união de facto, como a ampliaram, admitindo que as mencionadas disposições legais se apliquem à união de facto mesmo que desta não haja filhos menores. A união de facto enquanto relação parafamiliar goza da protecção institucional do artigo 67.º, cabendo ao legislador a conformação concreta da medida dessa protecção, que será sempre de acordo com a fundamentalidade que lhe seja reconhecida. A abertura constitucional a uma tutela directa das uniões de facto não significa que, por força do princípio da igualdade, deva haver um mesmo tratamento legal para pessoas que vivem em união de facto mas a diferença, e a medida dessa diferença, cabem ao legislador determinar. Nas palavras do

V. CONCLUSÃO.

Ao aplicar o artigo 1793.º num caso concreto, em que esteja em causa a atribuição da casa de morada de família a um ex-cônjuge, ou o artigo 4.ª da Lei n.º 7/2001, quando estiver em causa a atribuição da casa a um ex-unido de facto, cabe ao juiz fazer um "aggiornamento" interpretativo destas normas: uma interpretação conforme à Constituição Portuguesa permite aplicá-las apenas quando exista uma justificação constitucional para a restrição do direito de propriedade do ex-cônjuge, ou seja, quando filhos ou outros parentes do titular do direito de propriedade fiquem a residir na casa. A interpretação conforme à Constituição tem uma primazia interpretativa perante os outros critérios de interpretação - no sentido da "razão protegida", utilizado por JOSEPH RAZ[65]: é uma razão de exclusão, ou seja, bloqueia motivos concorrentes para actuações divergentes – e, no direito português, este percurso metodológico levará à necessária afectação da casa de morada de família aos interesses da família: da família actual, fundada na filiação ou noutro grau de parentesco, não daquela que é um mero vestígio de um casamento terminado.

Acórdão TC n.º 651/09, Relatora: MARIA LÚCIA AMARAL], de 15 de Dezembro, tendo como pano de fundo as uniões de facto heterossexuais, a família que, nos termos do artigo 67.º da Constituição merece a protecção do Estado, "não é só aquela que se funda no matrimónio; é também aquela outra que pressupõe uma comunidade auto-regulada de afectos, vivida estável e duradouramente à margem da pluralidade de direitos e deveres que, nos termos da lei civil, unem os cônjuges por força da celebração do casamento".

Todavia, se o ex-cônjuge, após o divórcio, não cabe no âmbito de protecção do artigo 67.º da CRP, a fortiori, tal entendimento deve ser defendido para o ex-unido de facto, ainda com mais intensidade (Parece-nos que no mesmo sentido, JORGE DUARTE PINHEIRO, "O direito do arrendatário face ao casamento e ao divórcio", cit., p. 494): os unidos no âmbito da sua autodeterminação pessoal, decidiram assentar a sua relação numa união de facto, rejeitando o vínculo formal do casamento e o estatuto que o legislador lhe associa. A Constituição marca os limites do legislador que se constitui neste sentido, como intérprete, e ao mesmo tempo, instaura os critérios formais e materiais que podem ser seguidos pelo operador jurídico como intérprete, tanto na Constituição como desde a Constituição. Cfr. FREIXES SANJUÁN, T.:"Una aproximación al método de interpretación constitucional", *Cuadernos de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol* (1993), n.º 4, p. 39-40. Ainda que o conceito de família que a Constituição acolhe como "elemento fundamental da sociedade" seja um conceito aberto e plural, adaptável às necessidades e realidades sociais, não nos parece que aí se possa incluir o ex-unido de facto. Retomando as palavras do Acórdão TC n.º 57/95 [Relator: ALVES CORREIA], de 16 de Fevereiro: "Havendo liberdade de contrair casamento (artigo 36.º, n.º 1, da Constituição), não seria razoável impor às pessoas que, consciente e voluntariamente, não quiseram unir-se matrimonialmente, o regime jurídico pensado para as famílias fundadas no casamento, que até elas poderão achar inconveniente".

Reiteramos, pois, o nosso juízo de que a atribuição da casa de morada de família a um ex-unido, quando não haja filhos, ou quando os filhos não fiquem a residir na casa, é uma restrição ao direito de propriedade do seu titular não constitucionalmente justificada por outros direitos ou interesses legalmente protegidos.

[65] RAZ, J.: *The Authority of Law*. Oxford (1979): Clarendon Press, pp. 16 e ss.