

DA (IR)RELEVÂNCIA DO VALOR DE MERCADO À NATUREZA QUASE ALIMENTAR: ANÁLISE DO REGIME PORTUGUÊS NA ATRIBUIÇÃO DA CASA DE MORADA DE FAMÍLIA PÓS-DIVÓRCIO OU SEPARAÇÃO¹

Rossana Martingo Cruz

<https://doi.org/10.21814/uminho.ed.151.18>

Sumário: 1. Nota inicial; 2. A casa de morada de família no ordenamento jurídico português; 2.1. Proteção da casa de morada de família no casamento e na união de facto; 2.2. Proteção da casa de morada de família após o divórcio e dissolução por rutura da união de facto; 3. A natureza quase alimentar e a problemática da desconsideração do valor de mercado; 4. Nota final.

¹ O presente texto serviu de base para a apresentação de uma comunicação, com o mesmo título, na *12th Annual Conference of the Spanish Association of Law and Economics*, em 23 de junho de 2022, na Universidade de Oviedo (Espanha).

1. Nota inicial

Uma vivência em comum – através do casamento ou da união de facto – implicará, em regra, a partilha de um espaço comum onde se desenvolva a vida familiar. Nos termos do disposto no artigo 65º da Constituição da República Portuguesa, a residência é um elemento fundamental na vida de uma pessoa. Por isso, quando uma pessoa decide partilhar a sua vida com outrem, numa convivência íntima e familiar, não poderá o Direito ignorar a proteção desse lugar.

A casa de morada de família será, além da mera residência ou domicílio, o espaço onde a vida familiar se desenvolve numa premissa de privacidade, segurança e bem-estar dos membros da família. Aliás, é amiudadamente consignado que a casa de morada de família será a sede da família.

Atendendo à importância que este espaço ocupa no seio familiar, existe uma proteção da casa da morada de família quer no âmbito do casamento, quer no âmbito da união de facto.

Durante décadas, o conceito de casa de morada de família era associado apenas ao casamento, atendendo ao dever conjugal de coabitação. Nos termos do disposto no nº 1 do art. 1673º do Código Civil português, a casa de morada de família deve ser escolhida por ambos os cônjuges de comum acordo. Atentemos agora na casa de morada de família na órbita da união de facto. O legislador optou por denominar a residência comum dos membros da união de facto como casa de morada de família (arts. 3º, 4º e 5º da Lei nº 7/2001, de 11 de maio). Uma vez que, na união de facto, não existe um dever de coabitação expresso poderia estar na origem da não proteção da casa de morada de família durante a convivência. Embora não exista um dever legalmente declarado, não quer dizer que não haja uma presunção de coabitação das partes, pois a vivência em condições análogas às dos cônjuges subentende uma comunhão de leito, mesa e habitação. Ademais, é partindo da comunhão de habitação que a lei protege a casa de morada de família pós-dissolução (pressupondo que, durante a convivência, as partes coabitaram e que se afigura necessário proteger esse espaço).

O destino da casa de morada de família é uma questão fundamental no âmbito do divórcio e da rutura da união de facto. Sendo a sede da vida familiar, a casa de morada de família tem uma dignidade própria e uma

proteção jurídica consentâneas com a sua importância. Importa, antes de mais, saber se a casa pertence a só um dos cônjuges/unidos de facto; a ambos (como bem comum ou em compropriedade); ou se a casa é arrendada.

No caso em que a casa de morada de família pertence a um dos cônjuges, ou a ambos, o direito de habitar na casa de morada de família pode ser concedido a qualquer um deles após o divórcio, nos termos do disposto no art. 1793º. Assim, pode ficar a casa de morada de família para o cônjuge único proprietário, para o cônjuge não proprietário, ou para o cônjuge que é somente um dos proprietários. Caso os cônjuges não alcancem um acordo quanto ao destino da casa de morada de família, o tribunal pode atribuir o direito à casa de morada de família a qualquer um deles, seja a casa comum ou até própria do outro cônjuge. Neste caso, surgirá uma relação de arrendamento entre os outrora cônjuges. Esta relação pode ser constituída por acordo ou por sentença. Quando não haja acordo entre os cônjuges, o tribunal decidirá as questões atinentes à casa de morada de família, nos termos do disposto no art. 1793º. Para tanto, terá em conta as necessidades dos cônjuges e os interesses dos filhos, caso estes existam (nº 1 do art. 1793º). Este arrendamento entre cônjuges fica sujeito às regras do arrendamento para a habitação, mas pode o tribunal definir as condições do contrato (nº 2 do mesmo art. 1793º).

Por remissão do art. 4º da Lei nº 7/2001, de 11 de maio, este regime aplicar-se-á, *mutatis mutandis*, à união de facto.

Também aqui caberá ao tribunal aferir qual dos membros daquela união terá mais necessidade em permanecer na casa de morada de família. Considerando-se que este será o unido de facto não proprietário ou que não é o único proprietário, iniciar-se-á uma relação de arrendamento entre os unidos de facto, nos termos daquele art. 1793º do Código Civil (*ex vi* art. 4º da Lei nº 7/2001, de 11 de maio, como supra referenciado). As condições deste arrendamento serão determinadas pelo tribunal, nos termos do nº 2 do art. 1793º, tendo em consideração as circunstâncias concretas dos unidos de facto e tendo em atenção os interesses dos filhos destes, caso existam.

Como veremos, o valor a pagar pela renda ao ex-cônjuge ou ao ex-unido de facto pode não coincidir com o valor de mercado da casa (ou da parte que lhe corresponde, no caso de bem comum ou em compropriedade). Esta possível desarmonia face aos valores de mercado funda-se na necessidade do ex-cônjuge, ou ex-unido de facto, que fica a residir na casa e nas possibilidades

daquele que deixa de lá viver. Ou seja, indiretamente, existe uma espécie de prestação alimentícia a favor do ex-cônjuge / ex-unido de facto arrendatário. A diferença entre o valor locatício de mercado daquela casa e o valor real pago pelo arrendatário tem os contornos de uma pensão de alimentos suportada pelo ex-cônjuge ou ex-unido de facto, que é tornado senhorio. Existe, assim, um resquício de direito a alimentos no âmbito da união de facto.

Essa possível desconsideração – face ao valor locatício de mercado daquela casa - deve-se ao arrendamento ‘especial’ que ocorre nestas circunstâncias e que caracteriza a natureza *quase-alimentar* desta proteção. Será que tal impacta, de alguma forma direta ou indireta, no mercado imobiliário e/ou de arrendamento português? As regras e os valores de mercado são desatendidos face ao binómio necessidade / possibilidade. Poderá a proteção familiar relegar o direito à propriedade privada para um patamar secundário? Podem existir consequências económicas numa escala mais significativa do que da esfera do ex-consorte que se torna, muitas vezes, um senhorio forçado? É esta a reflexão que nos propomos fazer.

2. A casa de morada de família no ordenamento jurídico português²

Uma vez que não existe uma definição legal de casa de morada de família, a doutrina³ e a jurisprudência têm preenchido o conceito. A casa de morada de família será, além da mera residência ou domicílio, o espaço onde a vida familiar se desenvolve numa premissa de privacidade, segurança e bem-estar dos membros da família. É na residência de família que assenta o núcleo aglutinador da mesma. Aliás, é sobejamente referido que a casa de

² Algumas das considerações vertidas serão reincidências (adaptadas e abreviadas) do publicado em *União de facto versus casamento: questões pessoais e patrimoniais*, Coimbra, Gestlegal, 2019, pp. 646 e ss.

³ Por exemplo, para CAPELO DE SOUSA será a «(...) *residência habitual principal do agregado familiar, ou seja, aquela residência, determinável caso por caso, que pela sua estabilidade e solidez seja a sede do centro principal da maioria dos interesses, das tradições e das aspirações familiares em apreço.*» SOUSA, RABINDRANATH CAPELO DE, *Lições de Direito das Sucessões*, Vol. II, 3ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2013, p. 246.

morada de família é a sede da família⁴. Ora, sede será o local onde alguém se fixa, o local onde uma instituição tem a sua direção⁵.

Uma vivência em comum (seja no casamento, seja numa união de facto) implica, em princípio, a partilha de um espaço comum onde se desenvolva a vida familiar, sendo a mesma protegida nos termos e limites da sua importância.

2.1. Proteção da casa de morada de família no casamento e na união de facto

Por muito tempo, o conceito de casa de morada de família foi apenas atribuído ao casamento, atendendo ao dever conjugal de coabitação. Nos termos do disposto no nº 1 do art. 1673º do Código Civil, a casa de morada de família deve ser escolhida por ambos os cônjuges de comum acordo. Uma vez fixada a casa de morada de família, os cônjuges devem aí habitar, a não ser que existam motivos ponderosos para que não partilhem a mesma casa — nº 2 do art. 1673º Existindo justificação válida para que os cônjuges não habitem na mesma casa, não existirá separação de facto (desde que haja o propósito, da parte de ambos, de restabelecer a comunhão de vida assim que seja possível). De acordo com o disposto no nº 3 do art. 1673º, a fixação e alteração da casa de morada de família exige acordo de ambos os cônjuges, podendo recorrer ao tribunal em caso de diferendo. Esta questão só se coloca depois da Constituição de 1976 e da Reforma de 77 do Código Civil, uma vez que se passou a consagrar o princípio da igualdade dos cônjuges (nº 4 do art. 36º e nº 1 do art. 1671º, respetivamente)⁶. Não havendo uma posição prevalente

⁴ «A casa de morada de família consubstancia a sede da vida familiar em condições de habitabilidade e de continuidade, o centro da organização doméstica e social da comunidade familiar. Implica que ela constitua ou tenha constituído a residência principal do agregado familiar e que um dos cônjuges seja o titular do direito que lhe confira o direito à utilização dela.» Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 28 de junho de 2016, Proc. nº 677/13.7TBACB. C1, disponível em www.dgsi.pt

⁵ Definição de «sede» in *Dicionário da Língua Portuguesa*, Porto, Porto Editora, 2003-2016, disponível em www.infopedia.pt/dicionarios/lingua-portuguesa-ao/sede

⁶ Relembremos duas disposições da versão originária do Código Civil português. O art. 1674º consagrava o poder marital («O marido é o chefe da família, competindo-lhe nessa qualidade representá-la e decidir em todos os actos da vida conjugal comum, sem prejuízo do disposto nos artigos subsequentes.») e o art. 1672º dispunha que a mulher devia adotar a residência do marido («A mulher deve adoptar a residência do marido, excepto: a) Se tiver justificada repugnância pela vida em comum, por virtude de maus tratos infligidos por ele ou do comportamento indigno ou imoral que ele tenha; b) Se tiver de adoptar residência própria, em consequência do exercício de funções públicas ou de outras razões

(uma vez que a opinião de um vale tanto como a opinião do outro), em caso de desacordo inultrapassável, prevê a lei que se recorra aos tribunais⁷ para desbloquear o impasse⁸.

O nº 2 do art. 1682º-A e o art. 1682º-B consagram uma proteção especial da casa de morada de família durante o casamento. Nessa medida, e porque se pretende proteger a família e o palco onde a vida familiar se desenrola, estas normas aplicam-se a qualquer regime de bens e não só aos regimes de comunhão. Por conseguinte, independentemente do regime de bens que vigore no casamento, a alienação, oneração, arrendamento ou constituição de outros direitos pessoais de gozo sobre a casa de morada de família exigirá sempre o consentimento de ambos os cônjuges (nº 2 do art. 1682º-A).

Se os cônjuges vivem em casa arrendada existe, igualmente, uma proteção legal daquela casa de morada de família. Como tal, a disposição da posição jurídica de arrendatário obriga sempre ao consentimento de ambos os cônjuges (art. 1682º-B).

Caso os cônjuges não respeitem o disposto nos preceitos citados supra — isto é, disposição sem o consentimento do outro cônjuge⁹ — os atos praticados serão inválidos, nos termos do art. 1687º¹⁰.

Mas não é só durante o casamento que o legislador protege a casa de morada de família. Como veremos, a preocupação manter-se-á mesmo depois da dissolução do mesmo.

ponderosas; c) Se estiver pendente ação de declaração de nulidade ou anulação do casamento, de separação judicial de pessoas e bens ou de divórcio; 2. É lícito à mulher exigir judicialmente que o marido a receba na sua residência, salvo nos casos previstos na alínea c) do n.º 1.»

⁷ Cfr. art. 991º do Código de Processo Civil.

⁸ Sem prejuízo, naturalmente, dos meios de resolução alternativa de litígios serem muito úteis nesta sede, em particular a mediação familiar.

⁹ O consentimento conjugal é um requisito ou condição de eficácia para determinados atos. O disposto no nº 1 do art. 1684º consagra que quando o consentimento conjugal é legalmente exigido, este deve ser especial para cada ato. É necessária uma ponderação individual quanto à oportunidade de determinado ato. A forma exigida para o consentimento conjugal é a da procuração (nº 2 do art. 1684º e nº 2 do art. 262º). Caso o cônjuge, cujo consentimento é exigido, se recuse a prestá-lo (de forma injusta, sem motivos atendíveis) ou não o possa prestar, pode o tribunal suprir judicialmente esse consentimento (nº 3 do art. 1684º). Este suprimento segue a forma de processo especial, previsto nos arts. 1000º e seguintes do CPC.

¹⁰ Sendo desrespeitadas as normas supra referidas, e não havendo suprimento judicial do consentimento conjugal exigido, a lei consagra as sanções previstas no art. 1687º. O legislador consagrou o vício da anulabilidade para os atos praticados contra o disposto nos arts. 1682º-A e 1682º-B (e outros; porém, são estes os preceitos que nos interessam no contexto da casa de morada de família). A anulabilidade pode ser requerida pelo cônjuge que não deu o consentimento ou pelos seus herdeiros (nº 1 do art. 1687º). Este direito de anulação deve ser exercido nos seis meses após o conhecimento do ato, mas nunca depois de terem decorrido três anos após a sua celebração (nº 2 do art. 1687º).

Atentemos agora na casa de morada de família na órbita da união de facto (Lei nº 7/2001, de 11 de maio). O legislador optou por denominar a residência comum dos membros da união de facto como casa de morada de família¹¹. Logo aqui demonstrou preferir apontar a natureza familiar da união de facto.

Durante a união de facto não existe propriamente um regime legal de proteção da casa de morada de família. A alínea *a*) do art. 3º da Lei nº 7/2001, de 11 de maio, dispõe que as pessoas que vivem em união de facto nas condições previstas na lei têm direito a beneficiar da proteção da casa de morada de família, nos termos da Lei nº 7/2001, de 11 de maio. Contudo, esta lei só prevê dois artigos sobre a proteção da casa de morada de família (arts. 4º e 5º) e ambos se reportam a situações pós dissolução (o art. 4º refere-se à proteção em caso de rutura da união e o art. 5º respeita à proteção em caso de morte)¹².

O facto de não existir um dever de coabitação expresso poderia estar na origem da não proteção da casa de morada de família durante a convivência. Embora não exista um dever legalmente declarado, não quer dizer que não haja uma presunção de coabitação das partes, pois a vivência em condições análogas às dos cônjuges subentende uma comunhão de leito, mesa e habitação. Ademais, é partindo da comunhão de habitação que a lei protege a casa de morada de família pós-dissolução (pressupondo que, durante a convivência, as partes coabitaram e que se afigura necessário proteger esse espaço). Não prevê a lei qualquer forma de reação face à não coabitação ou ao desacordo na fixação ou alteração da casa de morada de família (como sucede no casamento), a não ser a rutura pela parte insatisfeita ou a desconsideração jurídica da união por esta não cumprir os requisitos jurídicos da sua existência (onde se inclui, regra geral, a comunhão de habitação). É certo que não se pode reconduzir a união de facto apenas à coabitação (pois aquela

¹¹ Posição que o legislador tomou logo no primeiro diploma que regulou a união de facto — Lei nº 135/99, de 28 de agosto (arts. 3º, 4º e 5º). No entanto, apesar de na epígrafe do art. 4º se referir a casa de morada de família, no texto legal optou pela formulação «*casa de morada do casal*». Também na versão inicial da Lei nº 7/2001, de 11 de maio, no art. 4º, embora a epígrafe, igualmente, se referisse a casa de morada de família, no texto legal constava «*casa de morada comum*».

¹² Note-se que esta proteção em nada contende com a titularidade do bem que seguirá as regras gerais do Direito (uma vez que na união de facto não existe um regime patrimonial comum).

vai muito para além desta), no entanto, a partilha de um espaço comum será inerente à convivência «more uxorio»¹³.

Importa ponderar a necessidade de uma proteção similar àquela prevista nos arts. 1682º-A e 1682º-B. Isto é, se devia existir algum mecanismo de segurança que impeça o unido de facto, proprietário da casa de morada de família, de, por exemplo, a alienar durante a união de facto sem que o outro tenha conhecimento e consinta no negócio. Ou, no caso do art. 1682º-B, se pode um dos unidos de facto dispor do direito de arrendamento sobre a casa de morada de família sem necessitar do consentimento do outro membro daquela união. É uma questão de extrema importância, na medida em que estará em causa a possibilidade de um dos membros da união de facto, sozinho, colocar em causa a casa de morada de família, onerando-a, alienando-a ou dispondo do direito de arrendamento da mesma, sem que a outra parte seja chamada a conhecer ou consentir e nem possa reagir juridicamente¹⁴.

Para que possamos aplicar, analogicamente, os arts. 1682º-A e 1682º-B seria necessário estarmos perante uma verdadeira lacuna de previsão legal. Uma situação que o legislador deveria ter previsto e não contemplou. Ora, não parece ser esse o caso. Afigura-se uma opção legislativa, justificada pela natureza da união de facto e pela inexistência expressa do dever de coabitação^{15,16}. Poder-se-á pensar que, num modelo fáctico como o nosso, seria possivelmente excessivo fazer depender estes atos de consentimento. E que, por hipótese, o único proprietário da casa e, em virtude de viver

¹³ Sem prejuízo de exceções, unicamente admissíveis quando existe «*animus convivendi*» e que, por motivos alheios à vontade das partes, não podem partilhar o mesmo espaço.

¹⁴ Não esqueçamos que, no âmbito do casamento, o desrespeito dos arts. 1682º-A e 1682º-B terá como consequência a anulabilidade do negócio, nos termos do art. 1687º

¹⁵ JORGE DUARTE PINHEIRO analisa esta problemática e conclui que: «*O carácter informal da constituição da união de facto não é suficiente para desencadear as consequências de um casamento. (...) Os membros da união de facto vivem em comunhão de habitação, mas não eram nem são obrigados a coabitar. Na união de facto, a coabitação é, quando muito, um dever moral e ético. Atendendo a isto, resta concluir que o arrendatário pode dispor validamente do direito de arrendamento respeitante a residência comum do casal, sem o consentimento do companheiro.*» PINHEIRO, JORGE DUARTE, «O arrendamento urbano e a união de facto», in *Separata de Estudos Jurídicos e Económicos em Homenagem ao Prof. Doutor António Sousa Franco*, Edição da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra Editora, 2006, p. 450.

¹⁶ Igualmente a propósito do «*uso de la vivienda común*» e o seu destino após a rutura, MERCEDES MURILLO Muñoz afirma que «Si matrimonio y pareja de hecho no son situaciones equivalentes, no cabrá aplicar las normas previstas en el Código Civil para el matrimonio en la misma situación.» MURILLO MUÑOZ, MERCEDES, *Matrimonio y convivencia en pareja en el ámbito de la Unión Europea: Hacia un nuevo modelo de matrimonio*, Colección Conciencia y Derecho, Madrid, Dyckinson, 2006, p. 456.

intimamente com outrem, estaria impedido de tomar opções livres sobre o seu património. Compreendemos que esta ótica poderá valer para algumas uniões mais inorgânicas que se formaram sem grande visão de vínculo familiar e que foram continuando no tempo; mas já não para as uniões de facto cujo comprometimento não se coaduna com decisões unilaterais sobre a casa de morada de família. Por isso mesmo é que entendemos que um sistema aparentemente dual, como o nosso, não é o mais indicado, uma vez que coloca debaixo do guarda-chuva «união de facto» uma miríade de situações que não são comparáveis. Num modelo formal, sujeito a registo, como defendemos numa perspectiva de «*iure condendo*»¹⁷, já seria de contemplar uma norma que dispusesse um mecanismo de proteção como o previsto nos arts. 1682º-A, nº 2 e 1682º-B¹⁸.

2.2. Proteção da casa de morada de família após o divórcio e dissolução por rutura da união de facto

Existe proteção da casa de morada de família quer após o divórcio, quer após a dissolução da união de facto. No caso desta última, prevê a Lei nº 7/2001, de 11 de maio, um regime para a proteção da casa de morada de família em caso de rutura (art. 4º) e outro para a proteção da casa de morada de família em caso de morte (art. 5º¹⁹).

O legislador, embora nada preveja a propósito da proteção da casa de morada de família durante a união de facto, não descurou a sua salvaguarda após a rutura da mesma. A preservação do espaço onde se desenvolveu a vida familiar não foi desatendida, sendo a premência desta proteção ainda

¹⁷ Sobre a nossa proposta tripartida (baseada no sistema francês), contemplando – além do casamento – uma união civil registada e uma união livre, cfr. *União de facto versus casamento: questões pessoais e patrimoniais*, Coimbra, Gestlegal, 2019, *passim*.

¹⁸ «Regardless of whether a partner has the capacity of owner, tenant, or lessee, he or she may not simply deal with the property as he or she pleases. Rather, it must be ensured that this property cannot be disposed of in the partnership without the consent of the other partner. In other words, the owner may neither sell, lease nor otherwise encumber the property in question; the tenant or lessee may not terminate the tenancy or lease; and neither party may do any legal act that might endanger the existing property interests, without the consent of the other partner.» SCHWENZER, INGEBORG H., *Model family code – from a global perspective*, Antwerpen, Intersentia, 2006, p. 38.

¹⁹ Que aqui não iremos analisar.

mais evidente quando existem filhos comuns²⁰. De todo o modo, a nossa lei não faz qualquer distinção sobre a atendibilidade da proteção caso existam, ou não, filhos daquela união. A índole da casa de morada de família e a sua importância no nosso regime legal tornaram-na merecedora de proteção mesmo quando a união termina por vontade de um, ou de ambos, os membros.

O art. 4º da referida lei prevê que o disposto nos arts. 1105º e 1793º do Código Civil será aplicável, com as necessárias adaptações, em caso de rutura da união de facto²¹. O legislador remete para o regime da proteção da casa de morada de família após o divórcio, traçando aqui um paralelo com o mesmo (sem prejuízo das necessárias adaptações). Ou seja, quer em caso de divórcio, quer em caso de rutura da união de facto, a proteção da casa de morada de família seguirá, *mutatis mutandis*, os mesmos termos. Vejamos o destino da casa de morada de família no âmbito do divórcio para que possamos comparar com a proteção pós-ruptura da união de facto²².

O destino da casa de morada de família é uma questão fundamental no âmbito do divórcio. Sendo a sede da vida familiar, a casa de morada de família tem uma dignidade própria e uma proteção jurídica consentânea com a sua importância. «*Parece importante que a casa de morada de família seja entendida e juridicamente tutelada como 'unidade teleológica', que compreende*

²⁰ O destino da casa onde a vida familiar foi partilhada será, naturalmente, uma questão delicada aquando a rutura da união. «*The family home, whether rented or purchased, is often both the couple's most valuable asset and the place where one or both of them wish to continue to live.*» BARLOW, ANNE, «Regulation of Cohabitation, Changing Family Policies and Social Attitudes: a discussion of Britain Within Europe» in *Marriage and Cohabitation*, [s/l], Ashgate, 2008, p. 265.

²¹ Ou seja, existirá proteção da casa de morada de família após a rutura da união de facto, independentemente de quem é o proprietário da casa ou o arrendatário da mesma. Protege-se uma reminiscência que deriva da comunhão de habitação. Em sentido similar, «*Pour la communauté d'habitation, peu importe qui a signé le contrat de bail ou qui est propriétaire de l'appartement ou de la maison habitée en commun.*» MARTY-SCHMID, HELEN, *La situation patrimoniale des concubins à la fin de l'union libre – étude des droits suisse, français et allemand*, Genève, Librairie Droz, 1986, p. 12.

²² Não esqueçamos o nº 2 do art. 8º da Lei nº 7/2001, de 11 de maio, que determina que a dissolução por vontade de um dos membros, isto é, por rutura, apenas terá de ser judicialmente declarada quando se pretendam fazer valer direitos que dependam dela — o que será aqui o caso. «*A dissolução da união de facto, nomeadamente por vontade de um dos seus membros, terá de ser judicialmente declarada, quando se pretendam fazer valer direitos da mesma dependentes, a proferir na acção onde os direitos reclamados são exercidos, ou em acção que siga o regime processual das acções de estado. Assim, pretendendo a autora que lhe seja atribuído o direito à utilização da casa de morada de família, a declaração da dissolução da união de facto é um pressuposto do reconhecimento desse direito, uma vez que se trata de fazer valer os direitos que a lei confere à autora, enquanto ex — companheira de uma união de facto já dissolvida (artigo 3.º, alínea a), nada impedindo que o tribunal declare tal dissolução.*» Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 20 de maio de 2010, Proc. nº 336/09.5TVLSB.L1-8, disponível em www.dgsi.pt

não só o espaço em si mesmo, mas também os móveis e utensílios domésticos que constituem o seu recheio e estão afectos à vida familiar»²³.

Importa, antes de mais, saber se a casa pertence a só um dos cônjuges; a ambos (como bem comum, nos regimes de comunhão, ou em propriedade); ou se a casa é arrendada²⁴.

Se a casa de morada de família for arrendada devem os cônjuges, em caso de divórcio, decidir o seu destino por acordo, podendo optar pela transmissão ou concentração do arrendamento a favor de um deles (nº 1 do art. 1105º). Caso os cônjuges não consigam chegar a um acordo, caberá ao tribunal decidir, tendo em conta as necessidades dos cônjuges, os interesses dos filhos e outros fatores relevantes (nº 2 do art. 1105º). Não iremos aprofundar mais a questão da casa arrendada a um terceiro, uma vez que para a reflexão que aqui nos propomos fazer relevará atentar nas situações em que a casa é de ambos ou de um deles.

No caso em que a casa de morada de família pertence a um dos cônjuges, ou a ambos, o direito de habitar na casa de morada de família pode ser concedido a qualquer um deles após o divórcio, nos termos do disposto no art. 1793º²⁵. Assim, pode ficar a casa de morada de família para o cônjuge único proprietário, para o cônjuge não proprietário, ou para o cônjuge que é somente um dos proprietários. Caso os cônjuges não alcancem um acordo quanto ao destino da casa de morada de família, o tribunal pode atribuir o direito à casa de morada de família a qualquer um deles, seja a casa comum ou até própria do outro cônjuge. Neste caso, surgirá uma relação de arrendamento entre os outrora cônjuges. Esta relação pode ser constituída por acordo ou por sentença. Quando não haja acordo entre os cônjuges, o tribunal decidirá as questões atinentes à casa de morada de família, nos termos do disposto no art. 1793º. Para tanto, terá em conta as necessidades dos cônjuges²⁶ e os

²³ CID, NUNO SALTER, *A protecção da casa de morada da família no direito português*, Coimbra, Almedina, 1996, p. 402.

²⁴ Em termos processuais, teremos de concatenar o art. 5º do Decreto-Lei nº 272/2001, de 13 de outubro, com o art. 990º do Código de Processo Civil.

²⁵ Esta disposição é uma novidade da Reforma de 77 (bem como os arts. 2103º-A a 2103º que foram aditados pela mão do deste Decreto-Lei nº 496/77, de 25 de novembro). É, igualmente, com este Decreto-Lei que o cônjuge passa a ser considerado herdeiro legal (cfr. arts. 2133º e 2157º).

²⁶ «Compete ao cônjuge que pretende que lhe seja atribuída a casa de morada de família alegar e provar que necessita mais que o outro da referida casa, sendo que a necessidade da habitação é uma necessidade actual e concreta (e não

interesses dos filhos²⁷, caso estes existam (n.º 1 do art. 1793º). Este arrendamento fica sujeito às regras do arrendamento para a habitação, mas pode o tribunal definir as condições do contrato (n.º 2 do mesmo art. 1793º)²⁸. Até 2008 discutia-se se o acordo sobre a casa de morada de família podia ser modificado, a pedido dos cônjuges, depois do divórcio. A Lei n.º 61/2008, de 31 de outubro, veio dirimir esta questão ao dispor, no n.º 3 do art. 1793º que o regime fixado a este propósito pode ser alterado posteriormente, caso circunstâncias supervenientes o justifiquem, segundo as regras da jurisdição voluntária^{29,30}.

Por remissão do art. 4º da Lei n.º 7/2001, de 11 de maio, este regime aplicar-se-á à união de facto. A união de facto pode dissolver-se por morte ou por rutura. A dissolução por rutura será judicialmente declarada quando se pretendam fazer valer direitos que dependam daquela (n.ºs 2 e 3 do art. 8º

eventual ou futura), a apurar segundo a apreciação global das circunstâncias particulares de cada caso.» Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 28 de junho de 2016, Proc. n.º 677/13.7TBACB.C1, disponível em www.dgsi.pt

²⁷ No Direito francês há uma solução similar cuja «ratio» é, justamente, a proteção dos filhos. *Vide* art. 285º-1 do Código Civil francês: «*Si le local servant de logement à la famille appartient en propre ou personnellement à l'un des époux, le juge peut le concéder à bail au conjoint qui exerce seul ou en commun l'autorité parentale sur un ou plusieurs de leurs enfants lorsque ceux-ci résident habituellement dans ce logement et que leur intérêt le commande. Le juge fixe la durée du bail et peut le renouveler jusqu'à la majorité du plus jeune des enfants. Le juge peut résilier le bail si des circonstances nouvelles le justifient.*»

²⁸ Refere o artigo que pode também o tribunal fazer caducar o arrendamento, a requerimento do senhorio, quando circunstâncias supervenientes o justifiquem. Como bem alertam Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira, o tribunal pode resolver o arrendamento, não fazer caducar. «*A lei diz que o tribunal, a requerimento do senhorio, fará caducar o arrendamento, mas o termo não é usado com propriedade. Diz-se que um contrato caduca quando se extingue ope legis, sem necessidade de qualquer manifestação de vontade tendente a esse resultado, em consequência de certo evento a que a lei atribui o efeito extintivo (cfr., p. ex., os arts. 1051.º e 2317.º).*» COELHO, FRANCISCO PEREIRA e OLIVEIRA, GUILHERME DE, *Curso de Direito da Família*, volume I, 5ª edição, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016, p. 755.

²⁹ «*Como circunstâncias supervenientes capazes de determinarem a caducidade judicial do contrato podem referir-se, a mero título de exemplo a aquisição de um outro prédio pelo cônjuge arrendatário, em condições de satisfazer através dele a sua necessidade de habitação própria; a celebração de novo casamento pelo cônjuge arrendatária; a instalação na casa arrendada de pessoa com quem o arrendatário passou a viver maritalmente; o desaparecimento do interesse dos filhos casal, que pesou decisivamente na celebração do arrendamento, etc*» LIMA, FERNANDO ANDRADE PIRES DE e VARELA, JOÃO DE MATOS ANTUNES, *Código Civil Anotado*, vol. IV, *ob. cit.*, p. 571.

³⁰ Nos termos do disposto no n.º 2 do art. 986º do CPC, nos processos de jurisdição voluntária, o tribunal pode investigar livremente os factos, coligir as provas, ordenar os inquéritos e recolher as informações convenientes. Ao mesmo tempo não está sujeito a critérios de legalidade estrita, podendo adotar a solução que julgue mais conveniente ao caso (art. 987º). Nestes processos, as resoluções podem ser alteradas, sem prejuízo dos efeitos já produzidos, com fundamento em circunstâncias supervenientes que justifiquem a alteração (n.º 1 do art. 988º daquele CPC). Os processos de jurisdição voluntária regem-se por determinados princípios, tais como: o princípio do inquisitório (em que o juiz pode investigar livremente os factos, ao contrário do princípio do dispositivo em que tem de cingir-se aos factos alegados pelas partes); os princípios de conveniência e oportunidade, princípio da equidade (sobre a legalidade estrita); etc. Ademais, as decisões tomadas nestes processos não assumem, pela sua própria natureza, força de caso julgado, podendo ser alteradas se circunstâncias supervenientes assim o ditarem. Cfr. VARELA, ANTUNES, BEZERRA, J. MIGUEL, NORA, SAMPAIO e, *Manual de Processo Civil*, 2ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 1985, pp. 67-68.

da Lei nº 7/2001, de 11 de maio). Esta lei prevê como efeito principal da dissolução por rutura, o destino da casa de morada de família. Nesta situação, aplica-se o mesmo regime do divórcio, com as necessárias adaptações, sendo necessário aferir se a casa de morada de família pertencia a um dos membros, ou a ambos, da situação em que a casa é arrendada (arts. 1793º e 1105º do Código Civil, *ex vi* art. 4º da Lei nº 7/2001, de 11 de maio).

Se os unidos de facto vivem numa casa arrendada, após a rutura da união devem acordar no destino da casa de morada de família. Caso os dois tenham outorgado o contrato de arrendamento haverá lugar a uma concentração da posição contratual a favor de um deles. Se só um deles é o arrendatário e não é esse a quedar-se na casa, existirá uma transmissão³¹ da posição contratual³². Na falta de acordo, caberá ao tribunal decidir (nos termos do nº 2 do art. 1105º). Quer a transmissão, quer a concentração não necessitam de consentimento do senhorio, o qual é somente notificado oficiosamente, nos termos do nº 3 do art. 1105º

Caso os unidos de facto vivam numa casa própria, de um deles, ou detida em compropriedade por ambos, por força da remissão do art. 4º da Lei nº 7/2001, de 11 de maio, também se aplicará, em caso de rutura, o art. 1793º, com as necessárias adaptações. Em relação ao descrito supra, a propósito do art. 1793º no âmbito do divórcio, praticamente tudo se mantém. É evidente que a casa de morada de família não poderá ser um bem comum, uma vez que não existe comunhão conjugal na união de facto, mas podem os unidos de facto ser comproprietários da casa.

³¹ «Havendo transmissão, em vida ou por morte, da posição do arrendatário a favor do outro membro da união de facto, o direito é, em princípio, adquirido pelo transmitente tal como se encontrava na esfera jurídica do primitivo arrendatário: p.e, o regime de renda e de duração do contrato será o mesmo.» PINHEIRO, JORGE DUARTE, «O arrendamento urbano e a união de facto», *ob. cit.*, p. 453.

³² Há, por isso, uma derrogação face ao art. 424º da cessão contratual que implica o consentimento do outro contraente numa transmissão contratual. Note-se que o legislador privilegiou o bem-estar da família face ao interesse do senhorio, cuja vontade é desconsiderada nesta matéria.

3. A natureza quase alimentar e a problemática da desconsideração do valor de mercado

Vejamus que – na aplicabilidade do art. 1793º do Código Civil, e não havendo acordo entre as partes –, caberá ao tribunal aferir qual dos ex-cônjuges ou ex-companheiros terá mais necessidade em permanecer na casa de morada de família³³. Considerando-se que será o ex-cônjuge ou ex-unido de facto não proprietário (ou que não é o único proprietário), iniciar-se-á uma relação de arrendamento entre as partes, nos termos daquele art. 1793º³⁴. As condições deste arrendamento serão determinadas pelo tribunal, nos termos do nº 2 do art. 1793º, tendo em consideração as circunstâncias concretas das partes e tendo em atenção os interesses dos filhos destes, caso existam. Veja-se, então, que o valor a pagar pela renda ao ex-cônjuge /ex-unido de facto pode não coincidir com o valor de mercado da casa³⁵ (ou da parte que lhe corresponde, no caso da comunhão ou compropriedade)^{36,37}. Essa eventual discrepância face a valores de mercado funda-se na necessidade daquele que

³³ Similar regime contém o art. 234-8 do Livro Segundo do Código Civil da Catalunha, relativo à pessoa e à família. Para uma análise deste regime cfr. BLANDINO GARRIDO, MARÍA AMALIA, «La atribución del uso de la vivienda familiar en caso de ruptura de la unión de hecho» in *Autonomía e heteronomía no Direito da Família e no Direito das Sucessões*, Coimbra, Almedina, 2016, pp. 660 e ss.

³⁴ Embora a lei só se refira ao arrendamento da casa de morada de família, refere Nuno Salter Cid que «*Nada parece impedir que o acordo em causa seja o da constituição, a favor do cônjuge que fica na casa (com ou sem os filhos) de um comodato (de todos ou parte dos móveis e da casa); de um arrendamento (da casa, com ou sem todos ou parte dos móveis), ou mesmo de um direito de uso (de todos ou parte dos móveis) e habitação (da casa).*» CID, Nuno Salter, *A protecção da casa de morada da família no direito português*, ob. cit., p. 305.

³⁵ «*Quanto à fixação do montante da renda prevalece claramente o entendimento de que o valor de mercado apenas deve ser considerado limite máximo, devendo o montante fixado ser compatível com a situação patrimonial do arrendatário; caso contrário comprometer-se-ia, na prática, a salvaguarda das necessidades e dos interesses que justificam a constituição do arrendamento.* » CID, Nuno Salter, «*Anotação ao artigo 1793.º*», in *Código Civil Anotado*, Livro IV (Coord. Clara Sottomayor), Coimbra, Almedina, 2020, p. 579.

³⁶ «*Não haverá então um contrato de arrendamento, mas uma criação forçada, por sentença, de uma relação de arrendamento para a habitação. O conteúdo da relação de arrendamento entre os ex-cônjuges, por exemplo, o montante da renda e a responsabilidade pelos encargos de condomínio, será definido por sentença, com fundamento em critérios de equidade similares aos que levaram à constituição do arrendamento. Isto significa que voltarão a ser cruciais os aspectos da situação patrimonial dos cônjuges e dos interesses dos filhos. Por conseguinte, será frequente que o valor da renda que venha a ser fixado fique aquém ou muito aquém do valor de mercado.*» PINHEIRO, JORGE DUARTE, *O Direito da Família Contemporâneo*, 5.ª edição, Lisboa, AAFDL, 534-535.

³⁷ Mais tarde, e no caso de a casa ser compropriedade dos unidos de facto, havendo divisão de coisa comum, o arrendamento manter-se-á ou extinguir-se-á consoante qual dos unidos de facto ficar com a casa (se for aquele que ficou a viver na casa, o arrendamento termina pois que passou a ser o único proprietário do bem; se for o membro que já não vivia na casa, manter-se-á o arrendamento, porém o valor da renda referir-se-á, agora, à totalidade do imóvel de que é agora único proprietário).

fica a residir na casa (arrendatário) e nas possibilidades do outro que deixa de lá viver (senhorio)³⁸.

Logo aqui se compreende que, ainda que indiretamente, existe uma espécie de prestação alimentícia a favor do ex-cônjuge /ex-unido de facto arrendatário³⁹. A diferença entre o valor locativo de mercado daquela casa e o valor real pago pelo arrendatário tem os contornos de uma pensão de alimentos suportada pelo ex-consorte senhorio. Existe, assim, um resqúcio de direito a alimentos no âmbito da união de facto⁴⁰.

Nesses termos, para a determinação do montante da renda por parte do tribunal, será uma análise similar àquela que é feita aquando um pedido de alimentos no que tange aos rendimentos de cada um, as despesas a que está adstrito (nomeadamente, pensões de alimentos ao ex-cônjuge ou aos filhos), etc.. Todavia, existindo filhos em comum, será de extrema importância saber qual das partes ficará a residir com estes para se aferir a necessidade que essa parte possa ter em permanecer na casa de morada de família (onde os filhos já viviam e já tinham uma rotina instalada face às suas deslocações habituais, como escola, atividades de tempos livres, etc). No entanto, tal não significa que a casa será atribuída, por defeito, ao progenitor residente. Este

³⁸ Assim entendeu o Tribunal da Relação de Guimarães: «Para fixação da renda, o tribunal não tem que ficar condicionado pelos valores de mercado, desconsiderando a situação patrimonial dos cônjuges, o que poderia inviabilizar na prática os objectivos da lei, antes terá que tomar em consideração as circunstâncias do caso e, em particular, a situação patrimonial do cônjuge arrendatário», Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 17 de maio de 2011, Proc. nº 33/08.9tmbg-G1, disponível em www.dgsi.pt

³⁹ No entanto, como no âmbito dos alimentos entre cônjuges em que se privilegia o princípio da autossuficiência (nº 1 do art. 2016º do Código Civil), tal será também tido em conta na atribuição da casa de morada de família ao unido de facto e às suas possibilidades de prover ao seu sustento. Assim entendeu o Tribunal da Relação de Lisboa: «I) Se durante a vivência em comum dos unidos de facto, ambos e seus dois filhos de menor idade habitaram, durante quatro anos, numa casa que pode ser considerada de luxo, propriedade do pai das crianças, a protecção da família ou o interesse das crianças não exigem a disponibilização dessa casa para habitação da mãe e dos filhos. II) Cessada a união de facto, cada um dos membros deve ajustar o seu modo de vida à sua situação económica, cabendo à Ré diligenciar pela obtenção de casa compatível com os seus rendimentos. III) Os filhos têm de viver de acordo com as possibilidades dos seus progenitores, não cabendo ao progenitor de maior recursos facultar ao outro, com os filhos residente, nível de vida idêntico ao seu. IV) Tendo sido concedido o arrendamento da casa de morada de família, o que não foi impugnado, é ajustado fixar o prazo desse arrendamento em um ano, sendo descabido o pedido da sua manutenção até à maioria dos filhos ou de redução «substancial» da renda. V) Montante igual ao da renda fixada é devido pela utilização da casa desde a propositura da acção, a título de contrapartida pecuniária.» Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 14 de novembro de 2013, Proc. nº 1828/11.1TVLSB-6, disponível em www.dgsi.pt

⁴⁰ Sobre esta natureza «quase-alimentar» deste arrendamento, cfr. PINHEIRO, JORGE DUARTE, *O Direito da Família Contemporâneo*, 5.ª edição, *ob. cit.*, pp. 537 e ss.

será só mais um elemento a ter em conta pelo tribunal na avaliação que fizer a este respeito⁴¹.

Ao mesmo tempo, importa considerar que o ex-cônjuge / ex-unido de facto que ficará privado da casa de morada de família (aquele que é tornado ‘senhorio’) terá de prover a uma nova habitação, sendo as possibilidades deste também tidas em consideração (integrando o binómio ‘necessidades/possibilidades’ atendível no âmbito da prestação de alimentos⁴²). Em todo o caso, se o que será, essencialmente, tido em conta pelo tribunal – nestes casos em que não há acordo das partes – estará no âmbito da esfera das necessidades / possibilidades das partes, estaremos a desconsiderar, ainda que em parte, o valor de mercado daquela habitação. Ou seja, o valor locatício daquele imóvel, caso fosse sujeito às regras gerais de mercado, não é o fator determinante para a fixação das condições do contrato de arrendamento. Assim, ainda que indiretamente, poderemos estar a impactar o mercado imobiliário em termos económicos, quer ao estabelecer um contrato de arrendamento ‘forçado’, com uma renda que não corresponde aos valores de mercado, quer limitando a capacidade aquisitiva e/ou locatícia do ex-cônjuge ou ex-unido de facto que ficará privado do uso da habitação e, ao mesmo tempo, não receberá a contrapartida económica (renda) correspondente ao real valor da mesma.

Note-se ainda que esta solução do art. 1793º do Código Civil não tem sido isento de críticas. Por exemplo, segundo Antunes Varela e Pires de Lima este artigo prevê uma verdadeira expropriação prévia, na medida em que, na falta de acordo, é o juiz que decide quem fica com o direito a habitar na casa (que pode não ser o proprietário dela) e definindo as condições do contrato⁴³.

⁴¹ «Haverá que considerar ainda outros fatores relevantes, como a idade e o estado de saúde dos cônjuges ou ex-cônjuges, a localização da casa relativamente ao local de trabalho de um e outro, o facto de algum deles dispor eventualmente de outra casa em que possa estabelecer a sua residência, etc. De escasso interesse, porém, será a circunstância de um dos cônjuges ou ex-cônjuges poder ser ou ter sido acolhido por familiares que não sejam obrigados a recebê-lo, só o fazendo por mera tolerância.» COELHO, Francisco Pereira e OLIVEIRA, GUILHERME DE, *Curso de Direito da Família*, volume I, 5.ª edição, *ob. cit.*, pág. 757. Ainda, «[...]Pode recorrer-se a outros critérios, em caso de dúvida ou de situação de igualdade entre ambos os cônjuges com o recurso àqueles, podendo alinhar-se entre estes critérios suplementares o da localização da casa relativamente ao local de trabalho de um e outro (em conjugação com o facto de algum deles dispor eventualmente de outra casa em que possa estabelecer residência), e bem assim o da maior ligação de cada um dos ex-cônjuges em relação à casa em disputa.» Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, em 9 de janeiro de 2018, Proc. nº 238/13.0TMCBR-B.C1

⁴² Art. 2004º do Código Civil.

⁴³ LIMA, FERNANDO ANDRADE PIRES DE e VARELA, JOÃO DE MATOS ANTUNES, *Código Civil Anotado*, Vol. IV, Coimbra, Coimbra Editora, 1992, pág. 570. «Permitindo ao tribunal ‘expropriar’ sem indemnização o uso da casa ao cônjuge a quem é imposto o arrendamento, o art. 1793.º/1 poderia julgar-se ferido de inconstitucionalidade; mas a lei

4. Nota final

A problemática da proteção da casa de morada de família, após o divórcio ou separação na união de facto, tem sido objeto de reflexão por parte da doutrina e da jurisprudência portuguesas. Principalmente, nos casos em que a casa é propriedade de um, ou de ambos, e é destinada àquele que não é o proprietário (ou o único proprietário), levantando-se até questões constitucionais. Todavia, pese embora seja suscetível de por em causa o princípio da propriedade privada, previsto no art. 62º da Constituição da República Portuguesa, parece ser suplantado pela proteção da família (e daquela que foi a sua ‘sede’) prevista no art. 67º do mesmo diploma.

Ainda que a discussão não seja nova, importará atentar nos casos em que a atribuição da casa e determinação das regras do contrato, pelo tribunal, seja feita em desconsideração pelo valor de mercado, privilegiando as condições das partes (necessidades/possibilidades). Não existem estudos quanto ao eventual impacto económico que tal atuação poderá, eventualmente, ter no mercado imobiliário português. Talvez porque estas situações não atinjam números substanciais que justifiquem um estudo nesse sentido, ou porque se entende que a primazia da família e do seu amparo (conferindo uma natureza quase-alimentar na atribuição da casa de morada de família) deve ser mantida e, ao mesmo tempo, evitar discussões que causem possíveis embaraços a esta proteção.

terá sacrificado o direito de propriedade, constitucionalmente protegido (cfr. art. 62.º CRep), ao interesse da família, igualmente objeto de proteção constitucional (art. 67.º).» COELHO, FRANCISCO PEREIRA e OLIVEIRA, GUILHERME DE, *Curso de Direito da Família*, volume I, 5.ª edição, *ob. cit.*, 2015, pág. 752. Pugnando pela inconstitucionalidade desta solução, PASSINHAS, SANDRA, «Atribuição do uso da casa de morada de família nos casos de divórcio em Portugal: contributo para um ‘aggiornamento’ interpretativo» in *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 3-bis, 2015, pp. 180 e ss.