

## 10. A nulidade secundária da falta de notificação de parecer

Os pareceres podem ser juntos, nos tribunais de primeira instância, em qualquer estado do processo (art. 525.º do Código de Processo Civil), e nos tribunais superiores até se iniciarem os vistos aos juízes (art. 706.º, n.º 3, do Código de Processo Civil).

Nos termos do art. 526.º do Código de Processo Civil, a apresentação dos pareceres deverá ser notificada à parte contrária. Diferentemente do § único do art. 550.º do Código de Processo Civil de 1939 — preceito que explicava não se considerarem documentos os pareceres e serviu de argumento a ALBERTO DOS REIS para não lhes aplicar o art. 551.º (equivalente ao art. 526.º actual) <sup>(1)</sup> —, deve entender-se que os Pareceres são documentos, dada a noção ampla de documento vertida no art. 362.º do Código Civil: "objecto elaborado pelo homem com o fim de reproduzir ou representar uma pessoa, coisa ou facto".

Ao não ter sido notificada à parte contrária a apresentação de Parecer, deparamo-nos com uma nulidade secundária.

Na verdade, nos termos do art. 201.º do Código de Processo Civil, a omissão da notificação de Parecer junto aos autos produz nulidade, porque a irregularidade cometida pode influir no exame da decisão em causa. Ao não dar oportunidade à contraparte de dizer o que se lhe ofereça sobre o parecer ou juntar também parecer em apoio do seu ponto de vista, a falta da notificação pode ter influído no julgamento: os pareceres podem fornecer elementos e informações preciosos que o julgador livremente apreciará.

Por isso, o recurso de apelação do saneador-sentença é o lugar próprio para se poder invocar a nulidade referida. De facto, proferida a sentença (ou o despacho saneador-sentença), fica imediatamente esgotado o poder jurisdicional do juiz quanto à matéria da causa (art. 666.º do Código de Processo Civil). Logo, já não pode reclamar-se para o próprio juiz (art. 205.º, n.º 3, e art. 204.º, n.º 2, do

Código de Processo Civil) e o meio próprio de impugnar o acto afectado de nulidade passa a ser o recurso da decisão <sup>(8)</sup>.

CALVÃO DA SILVA

## TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

### Acórdão de 9 de Janeiro de 2001

Sumário: — É bem próprio do respectivo cônjuge, casado em comunhão de adquiridos, a fracção autónoma que lhe coube em sorteio por compras feitas num estabelecimento, com dinheiro dado pela mãe, que o auxiliava, quando estava separado de facto, não contribuindo o outro cônjuge, há muito, para as despesas domésticas.

Acordam no Tribunal da Relação de Lisboa:

1 — Alberto Silva, divorciado, requereu na Vara Mista do Funchal contra Lido Sol — Empreendimentos Turísticos, S.A., e Maria Bettencourt, divorciada, o arrolamento da fracção autónoma que foi sorteada à requerida em 22-05-1998, que ainda é pertença e a ceder pela Sociedade Lido Sol — Empreendimentos Turísticos, S.A., a Maria Bettencourt, que se julga a ser a fracção autónoma designada pelas Letras CF do prédio constituído em regime de propriedade horizontal descrito na Conservatória do Registo Predial do Funchal sob o número 473/19970806 e inscrita na matriz sob o artigo 1477.

Para o efeito alegou que, na pendência do casamento à Maria foi sorteado por causa de compras que efectuou no supermercado instalado no Edifício Anadia no Funchal no dia 22-05-1998 um apartamento situado no 5.º andar daquele edifício;

O requerente e a sua ex-mulher eram casados no regime de comunhão de adquiridos;

O direito ao apartamento é um bem comum.

<sup>(8)</sup> Cfr. ANTUNES VARELA/BEZERRA/NORA, *Manual de Processo Civil*, 2.ª ed., Coimbra, 1985, págs. 392 e 393.

Inquiridas as testemunhas arroladas, fixou-se a matéria de facto, após o que foi proferida decisão que indeferiu a providência.

Inconformado com a decisão, o requerente interpele recurso da mesma, a qual foi admitida como agravo.

### 3 — Matéria de facto provada.

A) Por sentença proferida em 19-11-1999 e já transitada em julgado foi decretado o divórcio entre o requerente e a requerida, tendo o ora requerente sido declarado o principal culpado.

B) À requerida foi sorteado, em virtude de compras efectuadas no Supermercado instalado no edifício «Anadia», na Rua do Anadia, Funchal, no dia 22-05-1998, um apartamento situado no mesmo edifício.

C) A situação decorrente desse sorteio, ou seja, a transmissão do imóvel, ainda não foi regularizada.

D) Na referida acção de divórcio ficou provado que, há cerca de 4 (quatro) anos, o ora requerente e a ora requerida viviam separados.

E) O requerente não prestava auxílio à requerida.

F) A requerida não tinha emprego à data em que foi efectuado o sorteio.

G) A requerida era auxiliada, bem como os seus filhos na sua manutenção, pela mãe, que inclusive lhe dava dinheiro para as compras no supermercado.

H) O requerente e a requerida casaram no dia 13-08-1974 sem convenção antenupcial.

### 4 — O Direito.

O requerente e a requerida casaram sem convenção antenupcial, e portanto, sob o regime da comunhão de adquiridos em virtude do disposto no artigo 1717.º do C. Civil.

O regime de comunhão de adquiridos caracteriza-se pela não comunicabilidade dos bens levados para o casal e dos bens adquiridos a título gratuito. Só se comunicam os bens adquiridos depois do casamento, a título oneroso.

É efectivamente, uma comunhão de bens, que se não confunde com sociedade nem com compropriedade.

Constitui antes o que a doutrina define como património autónomo, sujeito a regime especial: constitui objecto de uma proprie-

dade colectiva (A. Varela, *Direito da Família*, págs. 456 e ss.).

Pereira Coelho, em *Família*, 1977, pág. 397, sintetiza deste modo a comunhão:

«Uma massa patrimonial a que, em vista da sua especial afectação, a lei concede certo grau de autonomia e que pertence a dois cônjuges são, os dois titulares de um único direito sobre ela».

Para além disso é uma comunhão de adquiridos, isto é, uma comunhão de bens que entraram na esfera jurídica do casal; na plena vigência do matrimónio, em resultado do esforço conjugado de ambos os cônjuges ou apenas por um deles, limitando-se, porém o património comum, conforme refere A. Varela, *ob. cit.*, pág. 451, «aos bens, cuja aquisição assenta numa real cooperação dos cônjuges».

Como se provou a fracção do imóvel, foi «sorteado» à ora requerida por causa de compras que a mesma fez no supermercado, sendo certo que se provou que a requerida já estava separada do requerente, e que este em nada contribuía para as despesas do agregado familiar, tendo esta até de se socorrer da ajuda da mãe.

Assim, tal bem, conforme se diz na decisão em apreço tem de se considerar como próprio da requerida, sob pena de se ignorar toda a filosofia subjacente ao regime de comunhão de adquiridos e de se permitir injustamente o locupletamento do requerente à custa da «sorte» da requerida e que este para nada contribuiu.

De resto, conforme refere A. Varela, *ob. cit.*, pág. 459, «são considerados como próprios os bens adquiridos por virtude da titularidade de bens próprios e que não sejam frutos deles».

Além disso dispõe o artigo 1726.º do C. Civil que os bens adquiridos em parte com dinheiro ou bens próprios de um dos cônjuges e noutra parte com dinheiro ou bens comuns revestem a natureza mais valiosa das duas prestações.

Tendo-se provado que a requerida estava desempregada, que o requerente há muito não contribuía para as despesas domésticas, para o sustento da requerida e dos filhos do casal, violando assim o dever de assistência à família que era sustentada e apoiada pela mãe da requerente que lhe dava dinheiro para as compras no supermercado, o crédito resultante do sorteio através do qual poderá adquirir o andar sorteado não pode considerar-se bem

<sup>(1)</sup> Cfr. ALBERTO DOS REIS, *Código de Processo Civil anotado*, vol. IV, págs. 35 e 36.

comum, uma vez que é resultante de compras efectuadas com dinheiro que lhe foi doado pela mãe e não, de dinheiro comum do casal ou de produto de bens comuns.

No caso em apreço, a providência, tal como foi requerida, também não podia ser decretada, uma vez que o imóvel ainda não entrou na titularidade da requerida, por ainda não haver sido celebrada a escritura pública de aquisição, subsistindo apenas um título ou o direito à sua aquisição proveniente do sorteio.

Face ao exposto não merece censura a decisão em apreço e im procedem todas as conclusões do agravante.

5 — Nestes termos acorda-se em negar provimento ao agravo e, em manter a decisão recorrida.

Custas pelo agravante.

Lisboa, 9 de Janeiro de 2001. — *André Santos — Jaime Gaspar — Sousa Magalhães.*

## ANOTAÇÃO

1. Maria B. fez compras num supermercado, e foram esses gastos que a habilitaram a participar no sorteio em que foi contemplada com um andar. O marido pediu a qualificação do andar como bem comum e arrogou-se o direito a metade do seu valor.

À primeira vista tem razão, porque o regime de bens do casamento era o da comunhão de adquiridos; a aquisição por sorteio é uma aquisição a título oneroso (embora através de um negócio aleatório); e o bem adquirido é um bem comum do casal, sujeito a partilha no termo das relações conjugais.

Mas é fácil entender que a primeira instância e o Tribunal da Relação tenham evitado aplicar esta regra geral. Na verdade, o marido não cumpria a sua obrigação de assistência, a mulher vivia amparada pela mãe que lhe dava o dinheiro para as compras no supermercado e, num momento em que a sorte deu um andar à mulher, o marido apresentou-se a reclamar a aplicação das regras gerais e a querer partilhar as vantagens sem ter partilhado as dificuldades. Em face deste quadro, os tribunais negaram-se a considerar o bem como

comum, para o integrarem, na totalidade, no património próprio da mulher.

2. A Relação de Lisboa invocou, como único fundamento relevante, "a filosofia subjacente ao regime de comunhão de adquiridos". Na verdade, o património comum deve ser composto por bens adquiridos "em resultado do esforço conjugado de ambos", sob pena de se "permitir injustamente o locupletamento" de um cônjuge pelo outro.

Creio que o acórdão é justo, mas o fundamento apresentado é frágil.

Imaginemos que se provava que os dois cônjuges viviam juntos e o marido ganhava um salário mas gastava mais do que ganhava; ainda se justificaria que os bens adquiridos a título oneroso pela mulher entrassem para o património comum? Talvez sim, desde que se pudesse dizer que, apesar de tudo, o marido contribuía com ânimo, ou com uma disposição prazenteira. Mas se, pelo contrário, o marido, além de gastar mais do que ganhava, fizesse a vida negra à mulher? Os bens comprados, ou o salário da mulher, deveriam ser comuns? E se, noutra hipótese, a mulher quisesse invocar a fraquíssima colaboração do marido para poder reduzir a quota dele, de tal modo que ela ficasse com três quartos e ele só com um quarto do valor dos bens comprados, ou do salário da mulher?

Em resumo, poderemos nós pesar a cooperação conjugal, o esforço comum, no momento do inventário e da partilha dos bens? Ou sempre que for necessário qualificar um bem como próprio ou comum?

Creio que devemos responder que não, porque esta ponderação acabaria por ser proposta vezes de mais, obrigaria o julgador a fazer indagações despropositadas sobre o modo de vida dos cônjuges e produziria uma falta de certeza jurídica inaceitável.

O caso presente, porém, dá vontade de concordar com a decisão do tribunal. É um caso extremo, em que a justiça pode recomendar que se adoptem soluções heterodoxas.

3. Como quer que se entenda o *abuso do direito*, creio que não se estranharia a utilização deste fundamento. Os contornos do

caso mostram um cônjuge que se aproveita da regra geral da comunhão de adquiridos para invocar o direito de partilhar o património comum, sabendo que não contribuiu de modo algum para a aquisição, num momento em que o casal já está separado de facto e a caminho do divórcio que veio a ser decretado; o caso mostra um cônjuge que quer usar o Direito para tirar um benefício manifestamente injusto, num momento em que nem sequer cumpria o dever de assistência à família.

Neste caso, o exercício do direito de partilhar o bem adquirido é contrário a tudo — à boa fé, aos bons costumes, ao fim que preside à ideia de património comum e ao direito subjectivo de participar nele.

4. Teria sido mais sólido fundamentar a decisão com o regime da *sub-rogação de bens próprios* (art. 1723.º, al. c), C.Civ.).

Tendo em conta os elementos fornecidos pelo texto do acórdão; a mulher, que não tinha emprego, vivia das ajudas que a mãe lhe dava, inclusive "para as compras no supermercado". Sendo assim, parece que a mulher usou dinheiro recebido a título gratuito para fazer as compras que a habilitaram ao sorteio; aplicar no sorteio, portanto, dinheiro próprio. Então, pode dizer-se que o apartamento que lhe coube em sorte foi adquirido através da aplicação de valores próprios; o bem adquirido pelo contrato aleatório é um bem próprio, sub-rogado no lugar do dinheiro próprio que a mulher aplicou.

Dir-se-á que não se cumpriam os requisitos de prova especiais que a al. c) impõe — não se fez menção escrita da proveniência do dinheiro, com expressa concordância do marido; e que, deste modo, nunca há lugar para o regime da *sub-rogação de bens próprios*. Mas não se deve afirmar isto. Em primeiro lugar, há negócios em que parece despropositado fazer as exigências previstas no art. 1723.º, al. c): basta considerar a gestão de uma carteira de títulos que nasça como um bem próprio do titular e pensar como seria ridículo cumprir as formalidades previstas entre uma venda e uma compra, na sessão da Bolsa; também parece despropositado fazer semelhante exigência na caixa

do supermercado, no momento de introduzir meia dúzia de papelinhos na tómbola do sorteio. Em segundo lugar, há muitos anos que PEREIRA COELHO (1) vem defendendo que as exigências especiais previstas no art. 1723.º, al. c), só têm algum sentido quando estiverem em causa os interesses de terceiros que a norma visa defender; e que, tratando-se apenas dos interesses dos cônjuges, deve admitir-se, por qualquer meio, a prova da origem do dinheiro e da existência da sub-rogação.

Em suma, não seria difícil invocar, neste caso, o fundamento da sub-rogação real de bens próprios, para excluir o direito do marido à partilha do apartamento.

5. A nossa lei prevê um outro remédio para estes casos.

Uma vez que a separação de facto veio a culminar num divórcio litigioso, com culpa do marido, teria sido fácil à mulher requerer que os efeitos da dissolução retroagissem à data em que ficou provado o termo da coabitação conjugal (data anterior ao sorteio em que ela adquiriu o apartamento) nos termos do art. 1789.º, n.º 2, C.Civ. Este regime de retroactividade serve, justamente, para libertar os actos praticados durante a separação de facto dos constrangimentos do direito matrimonial. Isto é: as aquisições a título oneroso, feitas durante a separação de facto, são tratadas como se fossem aquisições feitas por uma pessoa já divorciada e, portanto, os bens adquiridos são considerados bens do adquirente.

O Tribunal da Relação de Lisboa não fez menção deste remédio. E talvez com razão; talvez a sentença da primeira instância não tivesse feito retroagir os efeitos do divórcio até à data em que a coabitação cessou por a mulher não ter cumprido o ónus de pedir essa retroactividade, como aquele art. 1789.º, n.º 2, exige.

GUILHERME DE OLIVEIRA

(1) Veja-se esta doutrina já no *Curso de Direito da Família*, Coimbra, Atlântida, 1965, p. 315.