

### Sobre a passagem de um divórcio litigioso para um divórcio por mútuo consentimento (art. 1774.º, n.º 2, do Código Civil)

1. Um processo de divórcio deu entrada sob a forma de acção litigiosa, em Setembro de 1996, com um pedido do marido contra a mulher; feita a tentativa de conciliação, esta não teve êxito; a ré reconveio, com um pedido de divórcio contra o autor marido; em Maio de 1997, os cônjuges requereram ao tribunal a conversão da acção num processo de divórcio por mútuo consentimento; foram juntos os acordos relativos à atribuição da casa de morada de família e aos alimentos; o poder paternal relativo ao filho menor estava regulado em acção autónoma.

Em face destes elementos, trata-se de saber se o juiz deve marcar agora uma primeira conferência, nos termos gerais do processo de divórcio por mútuo consentimento, ou se pode ser considerada como feita essa primeira conferência na data da tentativa de conciliação, de tal modo que o juiz possa marcar já a segunda conferência, para decretar o divórcio.

2. Não conheço jurisprudência nem doutrina, em Portugal, que se tenha pronunciado sobre este problema <sup>(1)</sup>, embora me pareça que ele tem relevo bastante — quer para os tribunais quer para os interessados — para merecer atenção.

3. Julgo, porém, que este problema já se tem apresentado na vida do foro: E suponho que tem recebido, quase sempre, da parte dos tribunais, uma resposta simples e porventura compreensível: depois da conversão em divórcio por mútuo consentimento, o processo decorre desde o princípio, nos termos gerais previstos nos arts. 1776.º e segs. do Código Civil e nos arts. 1419.º e segs. do Código de Processo Civil.

<sup>(1)</sup> Eu próprio me limitei a enunciar o problema, no meu *Critério Jurídico da Paternidade* ..., 1983, p. 191, nota 17.

4. Admito, no entanto, que esta solução simples não seja aquela que o legislador imaginou quando previu a transformação do processo litigioso num processo por mútuo consentimento, nem seja a mais conveniente do ponto de vista dos interessados.

5. Na verdade, o legislador de 1977 procurou, como se esperava, evitar os sacrifícios conhecidos que advêm de um divórcio litigioso, favorecendo a transformação do pleito numa acção mais serena, assente no mútuo acordo dos cônjuges.

E pode dizer-se que o legislador facilitou o mais que pôde essa transformação; de facto, em vez de marcar algum limite temporal ou processual para se requerer a conversão de uma acção noutra, admitiu que os cônjuges mudassem de caminho em qualquer altura do processo <sup>(2)</sup>. Assim, pode acontecer que os cônjuges aceitem a transformação logo no início do processo litigioso, quando o juiz propõe, e falha, a tentativa de conciliação (art. 1774.º, n.ºs 1 e 2); como isso também pode acontecer quando já se praticaram vários actos processuais — articulados, especificação e questionário, diligências probatórias, julgamento.

6. O legislador aceitou essa transformação com grande largueza e ponderou, necessariamente, as consequências de natureza processual que resultariam daquela faculdade conferida às partes. Como haveria de prosseguir o pleito? O que fazer dos actos já praticados? Qual a margem de liberdade que o juiz há-de ter para conduzir o processo de aí em diante?

7. A resposta mais simples e mais óbvia para aquelas perguntas seria a de o divórcio

<sup>(2)</sup> O que leva Miguel Teixeira de Sousa a admitir que isto se passe «mesmo em instância de recurso» — *O regime jurídico do divórcio*, Coimbra, Almedina, 1991, p. 101.

Note-se, a propósito, que esta modificação é admitida no direito francês mas só até ao momento em que ainda não houver qualquer decisão de fundo — o que exclui a fase de recurso. Veja-se a breve nota de TERRÉ e FENOUILLET manifestando dúvidas sobre o acerto desta limitação — *Droit Civil. Les Personnes. La Famille. Les incapacités*, 6.ª ed., Paris, Dalloz, 1996, p. 431.

voltar ao princípio, para começar nos termos gerais que estão previstos para a dissolução por mútuo consentimento. Portanto, seriam dados como inúteis todos os actos processuais praticados — qualquer que fosse a sua natureza e extensão — para se apresentar o requerimento normal e a acção correr como nada se tivesse passado antes; o juiz não teria qualquer poder para adaptar a situação anterior à nova disposição manifestada pelas partes.

Se o legislador tivesse pretendido esta resposta para o problema, teria afirmado, evidentemente, que havia de se intentar o pleito nos termos do processo de divórcio por mútuo consentimento.

Ou melhor: se o legislador tivesse pretendido um resultado tão modesto, *não teria dito nada!* Na verdade, não seria preciso fazer o art. 1774.º, n.º 2, para autorizar o cônjuge autor do divórcio litigioso a desistir do pedido para fazer, a seguir, um requerimento conjunto com o anterior réu, para iniciarem um divórcio por mútuo consentimento. Isto sempre foi possível no abrigo dos princípios gerais!

Creio, portanto, que o legislador de 1977 não adoptou aquela atitude simplista e insólita.

8. Estou convencido de que o legislador sentiu os inconvenientes de inutilizar tudo o que se tivesse passado até à conversão das partes ao mútuo acordo, quanto mais não fosse pelas velhas razões de economia processual.

Não se pretende sobrevalorizar este argumento, mas julgo que é lamentável inutilizar porventura um processo litigioso inteiro, em que os cônjuges manifestaram amplamente o propósito de dissolver o casamento, para depois fazer correr tudo de novo, a partir do requerimento conjunto, com o fraco resultado de apurar o que já estava claramente verificado — que os cônjuges querem divorciar-se...

O legislador certamente admitiu que os objectivos que se pretendem com o formalismo processual previsto para o divórcio por mútuo consentimento já estariam atingidos, total ou parcialmente, com o esforço processual que entretanto fora realizado, no âmbito da acção litigiosa. Por outras palavras, estou convencido de que o legislador quis que fosse aproveitado o esforço processual realizado, na medida em que ele exprimisse e satisfi-

zesse os requisitos substanciais que a lei exige para conceder o divórcio por mútuo consentimento.

9. Creio também, por consequência, que o legislador pretendeu conferir ao juiz os poderes discricionários suficientes para proceder ao aproveitamento dos actos praticados no decurso da acção litigiosa, fazendo um juízo acerca da utilidade de cada um, do seu relevo no contexto novo do divórcio por mútuo consentimento.

Esta é a atitude mais conforme com a tendência para conferir ao juiz poderes amplos, em intervenções de jurisdição voluntária.

Também aqui não pretendo abusar do argumento para dizer que o legislador permitiu ao juiz fazer tudo o que entendesse mais conveniente; mas é indiscutível que o divórcio por mútuo consentimento está regulado no âmbito dos processos de jurisdição voluntária (Cap. XVIII do Código de Processo Civil) e que o juiz costuma ter poderes mais latos dentro deste âmbito de intervenção.

10. Este entendimento é o único que permite compreender que o legislador tenha determinado que a acção havia de seguir os termos do processo de divórcio por mútuo consentimento, *com as necessárias adaptações* (art. 1774.º, n.º 2, do Código Civil).

O simples facto de vir admitir expressamente que se passe de um divórcio litigioso para um divórcio por mútuo consentimento tem de ter uma intenção fora do vulgar. Na verdade, se se tratasse apenas de acabar uma acção para começar outra, seria ridículo vir afirmá-lo... porque isso já seria obviamente admitido!

Só tem sentido autorizar a modificação e, ainda por cima dizendo que isto se fará com as «necessárias adaptações», quando se prevê que o processo se afaste das vias normais.

E só haverá «adaptações» se se puder aproveitar actos que já decorreram, na medida em que sejam úteis, de tal modo que não seja imperioso percorrer todos os passos que estão previstos para os casos normais.

Pelo contrário, se o processo começar inteiramente de novo, com o requerimento conjunto, para prosseguir como se nada tivesse

acontecido antes, não há qualquer adaptação, não se aproveita nenhum acto anterior, não se valoriza o esforço processual dispendido. O juiz, por seu turno, não tem poderes especiais porque não tem nada de especial para fazer. Em suma, não se fazem as «necessárias adaptações» que a lei autoriza e impõe, e o art. 1774.º, n.º 2, parte final, será inútil.

11. Este problema já se apresentou<sup>(3)</sup>, de uma forma muito parecida, em França, na sequência da lei do divórcio de 1975, em que a nossa Reforma de 1977 parece ter-se inspirado.

O art. 246.º, n.º 1, do *Code Civil*, previa a passagem da acção do modo litigioso para o mútuo acordo, determinando que o *tribunal de grande instance* podia tomar conhecimento dos acordos, homologá-los e decretar o divórcio. Porém, o n.º 2 deste artigo, e o art. 1077.º, n.º 2, do *Code de Procédure Civile*, afirmavam que a competência para decretar o divórcio por mútuo consentimento cabia ao *juge aux affaires matrimoniales*.

Assim, hesitou-se sobre qual era o tribunal competente para a decisão.

Três sentenças remeteram o processo para o *juge aux affaires matrimoniales*, para começar tudo de novo — com o requerimento conjunto, as duas conferências e o decurso do prazo de alguns meses entre a primeira e a segunda conferências.

Em 30 de Junho de 1983, porém, o *tribunal de grande instance* de Lyon notou a contradição entre o disposto nos dois números do art. 246.º, quanto à competência dos tribunais, e decidiu ao contrário daquelas outras sentenças: Considerou-se competente para homologar os acordos e decretar o divórcio, adaptando o processo normal a este caso excepcional de «passagem» de um litígio para um mútuo acordo. Os seus argumentos foram dois:

a) Se se tratar apenas de acabar um processo litigioso no *tribunal de grande*

*instance* para começar outro, por mútuo consentimento, no *juge aux affaires matrimoniales*... não era preciso publicar nenhuma norma, e o art. 246.º, n.º 1, seria inútil;

b) O art. 246.º só tem sentido se instituir um regime excepcional que «... permita poupar os cônjuges, já submetidos a um longo processo, à necessidade de começar uma nova acção, de comparecer duas vezes perante o *juge aux affaires matrimoniales* e de esperar ainda vários meses antes de ficarem divorciados»<sup>(4)</sup>.

12. R. LINDON lembrou que o sistema francês (semelhante ao nosso) foi alcunhado, nas discussões parlamentares, de «*passerelle*». E, depois de apoiar totalmente a decisão do tribunal de Lyon — pelas razões aduzidas na sentença e por ser a decisão mais conforme com a intenção do legislador — afirmou que a opinião contrária transformaria a desejada «*passerelle*» num mero «*retour*»!

13. No caso concreto que me foi presente em linhas gerais, creio que o esforço processual dispendido durante a acção litigiosa pode ser valorizado e aproveitado no sentido de mostrar inequivocamente a vontade que os cônjuges tinham e têm de se divorciarem. De facto, se a vontade do cônjuge autor resulta da petição inicial que abriu o processo de divórcio, a vontade do outro cônjuge resulta inequivocamente da reconvenção que fez em tempo oportuno. Esta vontade comum de dissolver o casamento manifestou-se há sete ou oito meses; e foi reiterada agora, no momento em que os cônjuges formularam a intenção de seguir o processo por mútuo consentimento.

Sendo assim, foram cumpridos os objectivos que a lei prossegue quando, no processo normal de mútuo consentimento, impõe a pri-

(4) Trib. gr. inst. Lyon, 30 juin 1983, J.C.P. II. 20333: «... l'existence de l'article 246 ne s'explique et ne se justifie que si sa mise en oeuvre aboutit à épargner aux époux, soumis déjà à une longue procédure, d'avoir à entamer une nouvelle procédure, à comparaître deux fois devant le juge aux affaires matrimoniales et à attendre encore plusieurs mois avant d'être divorcés».

(3) A exposição seguinte, sobre o direito francês, baseou-se em: trib. gr. inst. Paris, 13 mai 1976, J.C.P. 1976. II. 18400 bis, note Lindon; trib. gr. inst. Belfort, 8 mars 1977, J.C.P. 1977. II. 18654, note Lindon; trib. gr. inst. Lyon, 30 juin 1983, J.C.P. II. 20333, note Lindon.

meira conferência e obriga os cônjuges a um período de amadurecimento que culminará com a renovação do pedido e a subsequente marcação da segunda conferência.

O período de reflexão, o tempo de amadurecimento e a reiteração do pedido foram cumpridos já. E devem ser aproveitados agora, para economizar actos processuais inúteis, repetitivos, que prejudicam o Estado e forçam os particulares a uma demora que não tem justificação.

As «necessárias adaptações» que a lei impõe são estas, neste caso: o tribunal deve prescindir da realização da primeira conferência porque já se realizaram actos suficientes (sobretudo a reunião preliminar prevista no art. 1774.º do Código Civil e o decurso de vários meses até a apresentação do requerimento conjunto) para o tribunal dar por assente que existe uma vontade clara, amadurecida e persistente de dissolver o casamento.

Por estas razões, creio que o tribunal deve usar os poderes de adaptação processual que a lei expressamente lhe confere e marcar já a conferência final, em que homologará os acordos dos cônjuges e decretará o divórcio. Se não fizer isto — ou alguma outra coisa que exprima a decisão de adoptar um procedimento excepcional — não respeitará a intenção legal de transformar o pleito nem respeitará o comando legal que determina que se façam «as necessárias adaptações» quando se transforma a acção litigiosa num processo por mútuo consentimento.

14. Parece-me útil prevenir uma objecção possível: pode haver quem pense que o período de amadurecimento, entre a primeira e a segunda conferências, vale não só para consolidar a vontade de dissolver o casamento, mas também para obrigar a reflectir sobre os acordos sobre alimentos, casa de morada de família e exercício do poder paternal.

Não me parece que a espera imposta pelo regime legal tenha este alcance.

É verdade que o requerimento conjunto de divórcio deve ser acompanhado dos acordos relativos aos três assuntos mencionados; e também é verdade que os acordos sobre esses assuntos devem estar presentes na segunda conferência. Para que o juiz os homologue e

decrete o divórcio. Mas daqui não resulta que o legislador dê igual importância à vontade de obter o divórcio e à vontade que sustenta os acordos. O período de reflexão pretende garantir que a vontade de dissolver o casamento é amadurecida; não existe para garantir que a vontade que sustenta os acordos é amadurecida. Os acordos são bem mais simples, menos importantes do que a vontade de dissolver o casamento.

Aliás, quando se trata de obter o acordo semelhante dos cônjuges para aqueles mesmos assuntos, em divórcio litigioso, o juiz procura o acordo e, se o obtiver, não vai sujeitar o resultado obtido a uma reflexão e uma confirmação (art. 1407.º, n.º 2, do Código de Processo Civil).

*O que a lei quer reflectida e amadurecida durante alguns meses é a vontade de dissolver o casamento — essa vontade excepcional e radical que vai extinguir o casamento com força de caso julgado.*

A vontade que sustenta os acordos não tem a mesma importância — é controlada pelo juiz, que pode sugerir modificações, sob pena de não homologação, e nem sequer fixa os regimes respectivos com força de caso julgado. Se a vontade dos ex-cônjuges e as circunstâncias objectivas mudarem, logo se farão novos acordos, em processo novo.

Sendo assim, no caso presente, não deve dizer-se que todo o processo por mútuo consentimento deve correr para que os cônjuges amadureçam os acordos que apresentaram recentemente, com o requerimento conjunto. Os meses de reflexão valem para amadurecer a vontade essencial de pedir divórcio; não são impostos para confirmação dos acordos que, sendo importantes, são secundários relativamente à vontade central de dissolver o vínculo.

Na conferência que se espera — e que no meu entender podia e devia ser a última — o juiz apreciará os acordos. Se tiver motivo, poderá assinar um prazo, nos termos gerais, para que os cônjuges os alterem; se não for o caso, deverá homologá-los e decretar o divórcio.

Nesta altura, nem é caso para tratar de acordos provisórios — o tempo dos acordos provisórios já passou, no início da acção liti-

giosa. E até já foi regulado judicialmente o exercício do poder paternal do filho menor.

15. Esta resposta, apesar de convicta, não ficará completa se eu não reconhecer que o comando legal que impõe ao juiz que faça «as necessárias adaptações» é uma ordem de execução delicada. Na verdade, ela impõe ao juiz responsabilidades especiais — obriga-o

a escolher as adaptações necessárias em cada caso, segundo o momento em que o processo muda de figura e segundo a quantidade e a natureza dos actos que tenham sido praticados.

Talvez por ser um passo difícil, é voz corrente que, embora não seja inédito, não costuma ser dado. Mas deve ser dado.

GUILHERME FREIRE FALCÃO DE OLIVEIRA

## Secção de jurisprudência

### SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

#### Acórdão de 24 de Outubro de 1996

(Continuado do n.º 3877, pág. 119)

3. *Validade do preceito estatutário* (n.º 4 do art. 5.º) onde se fixa o destino dos bens com que o instituidor dotou a Fundação, no caso de esta se extinguir antes da morte daquele ou do último dos seus descendentes. — É igualmente válido o preceito dos estatutos da Fundação José Berardo onde se declara que «no caso da fundação se extinguir antes da morte do fundador ou do último dos seus descendentes, os bens afectos à fundação pelo fundador, ou os que estejam no lugar deles, reverterão para o fundador ou seus descendentes».

Na petição inicial da acção proposta pelo Ministério Público sustentou-se o contrário, com fundamento em que este preceito contraria o que dispõem os artigos 27.º, n.º 1, e 85.º, n.º 1, do já mencionado Decreto Regulamentar Regional n.º 3/84/M.

E, efectivamente, no primeiro desses preceitos estabelece-se que «os bens das instituições extintas reverterem para instituições ou para serviços oficiais com finalidades quando possível idênticas».

E no n.º 1 do artigo 85.º estatui-se que, «quando se verificar alguma das causas de extinção previstas na lei geral, o secretário regional da tutela pode determinar que os bens das fundações de âmbito regional em que tal suceda sejam integrados noutra instituição par-

ticular de solidariedade social ou, não sendo possível, num serviço ou estabelecimento oficial cujos fins sejam aproximados dos da fundação que se extingue».

Deve entender-se, porém, que estas duas normas revestem natureza meramente supletiva, e que, por conseguinte, não se aplicam sempre que, nos estatutos de uma instituição particular de solidariedade social, se preveja para os bens que tenha recebido pela via de liberalidades, em caso de extinção do ente colectivo, um destino diferente.

A natureza supletiva das duas normas a que acabamos de fazer referência infere-se claramente do regime que a lei geral estabelece para as liberalidades e, além disso, das próprias regras relativas à constituição das fundações.

Pelo que respeita às liberalidades (doações), o n.º 1 do artigo 960.º do Código Civil permite que o doador estipule a reversão da coisa doada — reversão que, nos termos do n.º 2 do mesmo preceito, se dá no caso de o doador sobreviver ao donatário, ou a este e a todos os seus descendentes.

E pelo que especificamente concerne às fundações, no n.º 2 do artigo 186.º estabelece-se o seguinte:

«No acto de instituição ou nos estatutos pode o instituidor providenciar ainda sobre a sede, organização e funcionamento da fundação, regular os termos da sua transformação ou extinção e fixar o destino dos respectivos bens» (1).

(1) Também no art. 166.º, n.º 2, se estatui, quanto às pessoas colectivas em geral (associações e funda-