

**DA RELEVÂNCIA JURÍDICA DA CONVIVÊNCIA
MORE UXORIO — UMA REFLEXÃO CENTRADA
NO ORDENAMENTO JURÍDICO ITALIANO**

**RECENSÃO A GIACOMO OBERTO, I DIRITTI DEI CONVIVENTI.
REALTÀ E PROSPETTIVE TRA ITALIA ED EUROPA, PADOVA,
CEDAM — CASA EDITRICE DOTT. ANTONIO MILANI, 2012, 430 PP.**

RUTE TEIXEIRA PEDRO (*)

I — CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS E PLANO DA OBRA

I. Na sua obra *I diritti dei conviventi*, Giacomo Oberto escolhe, como mote para a reflexão, uma citação de Angelo D'Orsi em que este académico italiano destaca a onnipresença da precaridade no mundo hodierno, revestindo a mesma “uma dimensão existencial” e “permanente”, também, da vida afetiva e, consequentemente da organização das entidades familiares ⁽¹⁾. Trata-se de uma afirmação que, sintomaticamente, emoldura a análise que será feita nas mais de duas centenas e meia de páginas que se lhe seguirão.

Ciente da *liquidez* que caracteriza as relações afetivas na modernidade ⁽²⁾, o Autor reflete sobre a resposta que ao direito é demandada para a resolução de problemas levantados pela vivência de duas pessoas em

(*) Assistente da Faculdade de Direito da Universidade do Porto e Investigadora do Centro de Investigação Jurídico-económica (CIJE) da Faculdade de Direito da Universidade do Porto.

⁽¹⁾ “1989. Del come la storia è cambiata, ma in peggio”, Collana: Saggi, Milano, Casa Editrice Ponte alle Grazie, 2009, p. 152, *apud* obra cuja recensão ora se faz, página de abertura.

⁽²⁾ Referimo-nos à “liquidez” das relações afetivas, tomando de empréstimo a ideia e a terminologia de Zygmunt BAUMAN. *Vide* deste Autor, sobre esta característica da modernidade, “Liquid Modernity”, Cambridge Polity Press, 2003, e sobre as manifestações desta tendência, em particular, nas relações afetivas e familiares, *Amor líquido*, Relógio d'água, reimpressão de 2006.

condições análogas às dos cônjuges. A sua reflexão, partindo da consideração, em particular, do direito italiano, assenta num “diálogo” entre os dados normativos desse ordenamento, por um lado, e os dados extraídos de outros ordenamentos e da análise da evolução histórica do direito, por outro ⁽³⁾. Ora, parte do interesse desta obra radica, precisamente, neste diálogo feito a partir da perspetivação de um ordenamento que, pelo menos no plano do direito positivado, não sofreu grandes alterações, apesar da pressão desencadeada pela mutação social da organização familiar manifestada, entre outros fenómenos, pela acentuada multiplicação, também ocorrida em Itália, das situações de união de facto.

II. O Autor organiza a sua obra em dez capítulos e dota-a de dois apêndices.

Os capítulos sucedem-se sob os seguintes títulos: I. “*Convivenza more uxorio e famiglia di fatto: i tratti identificativi della fattispecie*”; II. “*Obbligazioni naturali e arricchimento ingiustificato*”; III. “*I contributi forniti per l’acquisto di beni: tra regime patrimoniale e ripetizione dell’indebito*”; IV. “*Contratti di convivenza e contratti tra conviventi: configurabilità e liceità*”; V. “*Contratti di convivenza e contratti tra conviventi: possibili contenuti*”; VI. “*Vincoli di destinazione per la famiglia di fatto*”; VII. “*La responsabilità dei conviventi per le obbligazioni contratte per il ménage e la responsabilità dei genitori per il ménage e la responsabilità dei genitori per le obbligazioni contratte dai figli*”. VIII. “*La cessazione della convivenza per rottura del rapporto*”; IX. “*La cessazione della convivenza per morte*”; X. “*La tutela delle convivenze omossessuali*”.

À reflexão levada a cabo nestes dez capítulos são adicionados dois apêndices. No primeiro (“*Appendice A — Raccolta ordinata di massime*”), dedicado à jurisprudência, incluem-se sumários de decisões judiciais que se organizam, por ordem cronológica, seguindo a mesma estrutura adotada no corpo da obra. No segundo apêndice (“*Appendice B — Progetti e Modelli*”) encontram-se propostas de diplomas apresentadas para regular a “*famiglia di fatto*” em Itália e modelos de “*contratto di convivenza*” e de acordos reguladores da relação de união de facto.

⁽³⁾ Assim, Giacomo OBERTO identifica soluções que, constituindo “a representação de percursos argumentativos e de soluções presentes na ciência jurídica há anos, ou mesmo há séculos”, não se encontram acolhidas naquele ordenamento que, neste âmbito, se apresenta, segundo o Autor, em contraste com o que ocorre em muitos outros ordenamentos, imutável, “sob o plano normativo há séculos”. *Op. cit.*, introdução.

III. Concentraremos a nossa atenção no corpo do trabalho, organizando as nossas observações em cinco vetores de reflexão principais nele detetados.

II — A OBRA

1. A convivência *more uxorio* e a família de facto

I. O corpo do trabalho inicia-se com um capítulo que faz jus à natureza introdutiva e definitiva do objeto de estudo. Trata-se, no entanto, de uma reflexão que só se completará com a consideração da problemática da relevância jurídica das uniões de facto homossexuais, que o Autor remete para o capítulo com que encerra a obra.

II. Na verdade, Giacomo Oberto, partindo da formulação essencialmente negativa, comumente encontrada na doutrina, ancorada na ausência de formalização da relação, sublinha duas características positivas, igualmente constitutivas da convivência *more uxorio*: uma de natureza subjetiva traduzida na “*affectio*” entre os membros da relação e outra de índole objetiva constituída pela “estabilidade e reconhecimento social” num grau mínimo que a permita distinguir de outras espécies de coabitação ⁽⁴⁾. Para além destes elementos constitutivos, cuja afirmação não suscita discussão de relevo, o Autor analisa um outro ⁽⁵⁾, fonte de entendimentos desenhados na doutrina e jurisprudência italiana e estrangeira, que é o relativo à exigência ou não da diversidade de sexos para o reconhecimento da eficácia jurídica à convivência *more uxorio*, pronunciando-se no sentido da desnecessidade de tal requisito.

Aborda, ademais, um conjunto de interrogações situadas no ponto limítrofe entre duas discussões adjacentes e que necessariamente se implicam, uma de natureza ontológica da entidade *fáctica* em estudo e outras condições da sua relevância jurídica. Neste último âmbito, considera, entre outros, o problema de saber se uma convivência *more uxorio* de uma pessoa casada com terceiro poderá ser juridicamente eficaz ⁽⁶⁾.

⁽⁴⁾ *Op. cit.*, pp. 1 a 6.

⁽⁵⁾ Trata-se, no entanto, de uma matéria cujo tratamento Giacomo Oberto entendeu autonomizar no último capítulo. *op. cit.*, pp. 211 e ss.

⁽⁶⁾ Nesse seguimento, destaca-se ainda a questão da relevância de tal relação de facto na conformação (*rectius*, manutenção e extensão) dos efeitos patrimoniais do decre-

Ainda neste momento definitório, o Autor afronta a questão de saber se a convivência em condições análogas às de cônjuges pode ser considerada uma formação familiar para efeitos de aplicação de regimes jurídicos em cuja *factispecies* se inclua o requisito da existência de uma família.

III. Destacando a conexão existente entre a ausência de formalização da relação de convivência *more uxorio* e a falta de um “disciplina orgânica” desta formação familiar de facto, Giacomo Oberto ocupa-se da evolução histórica da tutela fragmentária que lhe foi sendo reconhecida no ordenamento jurídico italiano. À minguia de um diploma agregador e densificador do respetivo regime jurídico, a proteção consagrada pelo direito foi surgindo, em particular, nos domínios do contrato de locação do espaço em que está sedeadada a vida em comum, na área normativa da filiação e no âmbito do direito fiscal⁽⁷⁾. Constata-se, aqui, um paralelismo com a evolução verificada em Portugal na atribuição de relevância jurídica à união de facto⁽⁸⁾. Diversamente, no entanto, do que ocorre no nosso ordenamento, há já a previsão em Itália, a um nível infranacional, de regimes de registo para as uniões de facto.

IV. Na estrutura dialógica que, como referimos, o Autor pretendeu imprimir à sua reflexão, Giacomo Oberto debruça-se, também, sobre a conceção de família que tem sido adotada pela jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia e pela jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, ancorando-se, entre outros pilares, nas previsões normativas dos arts. 8.º, 12.º e 14.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem e do art. 9.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União

tamento da extinção da relação matrimonial com terceiro. Trata-se de uma questão paralela, ainda que não inteiramente coincidente, com a que foi resolvida pela introdução pela Lei 23/2010, de 30 de agosto, de uma nova redação do art. 2019.º do nosso Código Civil. Veja-se, a propósito desta discussão, a decisão da Suprema Corte di Cassazione n. 25845/2013, de 18 de novembro, posterior, portanto, à obra objeto da presente revisão em que este Tribunal italiano vem reafirmar o entendimento de que “*La convivenza more uxorio con un altro compagno fa venir meno ogni presupposto per la riconoscibilità di un assegno divorzile*”.

⁽⁷⁾ *Op. cit.*, pp. 8 a 12 e pp. 25 a 32.

⁽⁸⁾ Para atestar este paralelismo veja-se, no que respeita ao nosso ordenamento, quanto a essa evolução até à lei /99, Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira, Curso de Direito da Família, vol. I, Introdução. Direito Matrimonial, Coimbra Editora, 4.ª Edição, pp. 55 a 62.

Europeia. Compara, em particular, as previsões do art. 12.º daquela Convenção e do art. 9.º desta Carta, para destacar a maior amplitude normativa deste último preceito.

V. Giacomo Oberto volta-se, por fim, para a componente pessoal da relação, concluindo que, nesse âmbito, os comportamentos entre companheiros tradutores dos laços afetivos da relação (correspondentes aos deveres de fidelidade ou de cooperação no âmbito matrimonial) caracterizam-se pela “ausência do crisma da juridicidade e, por consequência, pela falta de coercibilidade”⁽⁹⁾. Por isso, o Autor conclui que os comportamentos referidos serão devidos apenas à luz de um quadro normativo moral, podendo ganhar relevância jurídica quando, tendo tradução patrimonial, o seu cumprimento possa consubstanciar uma obrigação natural segundo o art. 2034.º do Código Civil Italiano (CCI)⁽¹⁰⁾, proporcionando, assim, ocasião de “*solutio retentio*” com denegação da repetição do indevido (“*condictio indebiti*”).

2. O direito das relações patrimoniais entre os unidos de facto: as prestações de *facere* e as prestações de *dare*

I. Partindo da conclusão a que chegou no fim do capítulo I, Giacomo Oberto considera as questões carecidas de tratamento jurídico, no âmbito das relações patrimoniais entre conviventes, cuja existência é postulada pela comunhão de vida que a convivência *more uxorio* importa. Tais questões colocam-se sobretudo no momento da extinção da relação e contendem com a possibilidade de repetição das deslocações patrimoniais ocorridas durante a vida dessa relação.

O Autor adota uma distinção operacional na sua reflexão e no seu discurso argumentativo, começando por considerar as hipóteses em que as referidas deslocações patrimoniais se reconduzam a realidades qualificáveis como prestações de *facere*, por um lado, ou como prestações de *dare*, por outro.

II. Começando pelas situações tradutoras de prestações de *facere* (v. g. prestação de trabalho no lar ou num estabelecimento comercial titu-

⁽⁹⁾ “Elemento, este último, também já difícil de identificar no seio das relações geradas no âmbito da família legítima [fundada no casamento]”, como acrescenta o Autor assertivamente. *Op. cit.*, p. 31.

⁽¹⁰⁾ Em larga medida correspondente ao regime dos artigos 402.º e 403.º do nosso Código Civil.

lado pelo outro convivente sem percepção de retribuição), Giacomo Oberto vai identificar o enquadramento jurídico adequado através da demarcação das áreas de intervenção do regime das obrigações naturais e do enriquecimento sem causa. E é, enfim, nesse jogo delimitador que, em última análise, se vai refletir a problemática normativa da união de facto: a da definição do perímetro de intervenção do direito numa relação que se desenrola, em princípio, à margem dele.

Assim, o Autor começa por destacar que, se a recondução destas hipóteses a situações de cumprimento de obrigações naturais radica na tradição secular, há que ressaltar uma alteração de conceção do seu objeto coincidente com a Reforma de 1975 em Itália. Da concretização do ditame constitucional da igualdade moral e jurídica dos cônjuges consagrado no art. 29.º da Constituição Italiana, extrai-se uma paralela transmutação da perspetivação das obrigações naturais entre conviventes *more uxorio*: passa-se de uma conceção “indemnizatória” ou “retributiva” a uma conceção “contributiva”, o que conduz o intérprete a uma “radical mudança de perspetiva” no objeto e extensão da obrigação natural entre unidos de facto com reconhecimento de “um dever de solidariedade recíproca entre os *partners* a uma assistência moral e material mútua, e à realização de contribuições, em dinheiro ou *in natura*, proporcionais às respetivas capacidade de trabalho profissional e doméstico”⁽¹¹⁾. Consequentemente, dá-se um alargamento da área das atribuições patrimoniais feitas a favor do “convivente débil” cobertas pela exclusão da repetição do indevido. Tal tendência continua a manifestar-se na jurisprudência contemporânea⁽¹²⁾, com recurso a um critério de proporcionalidade análogo ao que é aplicável aos cônjuges *ex vi* do art. 143.º do CCI⁽¹³⁾.

Para o Autor, este percurso argumentativo colherá apenas na área em que se possa afirmar a espontaneidade da realização do ato que se configura como tradutor do cumprimento de uma obrigação natural e substanciador de um empobrecimento justificado do prestador. Nesse sentido depõe a sua inserção num contexto “objetivamente caracterizado pela onerosidade” fundador de uma confiança, por parte do empobrecido, nessa onerosidade e o correlativo conhecimento ou cognoscibilidade do enriquecido de que a prestação “não podia entender-se recebida gratuita-

⁽¹¹⁾ *Op. cit.*, p. 35.

⁽¹²⁾ *Op. cit.*, pp. 38 e ss.

⁽¹³⁾ Correspondente ao art. 1676.º, n.º 1, do nosso Código Civil.

mente”. Tratar-se-á, portanto, de uma situação em que o cumprimento da prestação de *facere* se encontra “coligado não a uma retribuição (entendida num sentido tradicional do termo), mas ao adimplemento *ex adverso* daqueles deveres morais e sociais (assistência moral e material...)”, constituindo uma situação paralela à que, nos sistemas de *common law* conduz à aplicação da figura do “*quasi-contract*”. Consequentemente, “o enriquecimento do *accipiens* do cumprimento da obrigação natural não pode considerar-se justificado senão perante um cumprimento recíproco do correspondente dever moral e social de contribuição”⁽¹⁴⁾. Ademais, “esta justificação causal” não se estende às prestações que “pela sua quantidade e entidade intrínseca superem o limite das obrigações naturais contributivas entre conviventes”. Logo, acima desse limite entende-se que se estará perante atos tradutores de liberalidades inspiradas “*affectionis vel benevolentiae causa*”. Assim, a ação de repetição do indevido nos termos do art. 2041.º do CCI existirá apenas dentro daquele limite e quando a “correspondência” do cumprimento dos deveres morais seja frustrada. E será assim como resultado de uma dupla conclusão, na medida em que, por um lado, a denegação da *condictio indebiti* ao empobrecido em caso de falta dessa reciprocidade, quando o cumprimento se situe nesse intervalo, importaria a adulteração da espontaneidade que deve caracterizar o cumprimento das obrigações naturais para gerar a *solutio retentio*, e em que, por outro lado, a imposição da restituição do que ultrapassar aquele limite representaria a imposição de uma “reciprocidade” forçada (“*scambio imposto*”) com que o assim enriquecido não teria legitimamente que contar⁽¹⁵⁾.

III. Giacomo Oberto ocupa-se, de seguida, da correção dos resultados patrimoniais injustificados assentes em prestações *de dare* (v. g. a aquisição de bens com dinheiro do convivente não adquirente) ocorridas durante a relação *more uxorio*.

Depois de rejeitar a aplicação analógica dos arts. 177.º e segs. do CCI, relativos ao regime de bens matrimonial⁽¹⁶⁾, o Autor parece admitir a consagração de um regime convencional através da formalização e publicitação da celebração de um contrato de convivência, o que permitiria a simultânea proteção do convivente débil e de terceiros.

⁽¹⁴⁾ *Op. cit.*, pp. 50 e ss.

⁽¹⁵⁾ *Op. cit.*, pp. 56 e 57.

⁽¹⁶⁾ *Op. cit.*, pp. 59 a 66.

Na falta da celebração de tal espécie de negócio, haveria que averiguar da viabilidade da afirmação da presença do esquema causal de determinadas espécies típicas de contratos (v. g. mútuo ou doação dos bens do convivente não adquirente usados para a aquisição pelo outro de um determinado bem). Apenas na hipótese de falhar uma solução dada, desta forma, pelo direito contratual, é que se consideraria a intervenção da repetição do indevido.

3. Contratos entre unidos de facto regulamentadores da sua convivência — Admissibilidade, natureza e objeto

I. Giacomo Oberto destaca a tendência para o reconhecimento de um espaço crescente para o funcionamento da autonomia privada na conformação da vida em comum pelos conviventes *more uxorio*. Tal tendência, a que primeiro se mostrou arredia, foi paulatinamente sendo acolhida pela doutrina de Itália, encontrando, hoje, eco na jurisprudência do mesmo país. Esta reconhece, atualmente, a “*negozialità*” entre conviventes, como uma das manifestações da “*negozialità endofamiliar*”, considerando que o acordo celebrado entre conviventes para regular a sua relação é merecedor de tutela jurídica, *ex vi* do art. 1322.º do CCI, desde que sejam respeitados os limites representados pelas normas imperativas, pela ordem pública e pelos bons costumes. Assim, estes limites, em vez de intervirem como obstáculos que impedem *in limine* a celebração daquela espécie de contratos, aparecem como fronteiras demarcadoras de um espaço legítimo de exercício da autonomia privada. Trata-se-á, em última análise, de repor o funcionamento normal daqueles princípios basilares do ordenamento jurídico.

II. Nesta operação de delimitação da admissibilidade das convenções de convivência cumpre proceder à demarcação do conteúdo que neles pode ser vertido. Aí surgirá a questão da exclusão das áreas em que se manifestarão meras obrigações naturais, na medida em que se rejeite a possibilidade de celebração de um negócio novativo que no lugar de uma obrigação natural faça nascer uma obrigação civil⁽¹⁷⁾. Por outro lado, a superação da *vaexata questio* da proscricção das doações entre conviventes será um dos maiores desafios colocados pelo limite representado pelos

⁽¹⁷⁾ *Op. cit.*, pp. 92 a 96.

bons costumes⁽¹⁸⁾. Por fim, da componente pessoal da relação pode extrair-se uma baliza de demarcação da área de intervenção da autonomia privada⁽¹⁹⁾.

III. No que respeita à forma de exteriorização da vontade formativa do mútuo consenso constitutivo da espécie de negócios em questão, Giacomo Oberto rejeita as teses dos “*implied cohabitation contracts*” e dos “*faktischen Vertragsverhältnisse*”, exigindo a emissão de uma declaração negocial expressa e denegando à comunhão *more uxorio* a natureza de comportamento concludente em que se pudesse firmar a vontade de celebração de um contrato de convivência⁽²⁰⁾.

Basta-se, no entanto, com tal exigência de exteriorização direta da vontade, não acrescentando requisitos de forma, se bem que alerte para que a observância voluntária de forma escrita e mesmo pública seja aconselhável, permitindo evitar futuras dificuldades de prova⁽²¹⁾.

IV. Giacomo Oberto ocupa-se, depois, em especial de alguns possíveis conteúdos dos contratos de convivência, abordando autonomamente desde os acordos relativos à prole, passando pelos acordos sobre as contribuições para os encargos da vida em comum e pelos acordos em que se preveja um regime comunitário idêntico ao regime de comunhão de bens (cabendo aqui distinguir o reconhecimento de eficácia interna relativa aos conviventes e a rejeição da eficácia externa dada a sua inoponibilidade a terceiros) ou a um regime de separação, até aos acordos em que se apliquem as figuras da “*impresa familiare*”, do “*fondo patrimoniale*” ou do “*trust*”.

4. As relações jurídicas entre unidos de facto e terceiros

I. No que concerne às relações constituídas entre os conviventes e terceiros, a que o Autor dedica, em particular, o sétimo capítulo, cumpre distinguir as que se estabelecem com os filhos comuns e aquelas que se entabulam com terceiros indiferenciados.

⁽¹⁸⁾ *Op. cit.*, pp. 96 a 98.

⁽¹⁹⁾ *Op. cit.*, pp. 98 a 103. No ordenamento italiano, diferentemente do que ocorre no nosso ordenamento a patrimonialidade constituirá um dos requisitos da prestação e do objeto sobre que incide o contrato (*vide* arts. 1174.º e 1321.º do CCI).

⁽²⁰⁾ *Op. cit.*, pp. 103 a 108.

⁽²¹⁾ *Op. cit.*, pp. 108 e 109.

Começando pelas relações com terceiros outros que não os filhos, destaca-se a reflexão sobre a problemática da responsabilização de ambos os conviventes *more uxorio* pelas obrigações emergentes dos contratos celebrados por um deles em conexão com a comunhão de vida e, em particular, para acorrer aos encargos da vida familiar. O Autor averigua se lhes será aplicável um regime semelhante ou coincidente com o regime da corresponsabilização previsto para os cônjuges (entre nós, no art. 1691.º, n.º 1, al. a), do CC) e que consubstancia o germânico *Schlüsselgewalt* previsto no § 1357 BGB.

Giacomo Oberto considera — descartando — várias teorias que a esse propósito foram sendo usadas desde o “*mandat domestique*” ou a “*auto-ri-sation maritale*”, passando pela teoria da tutela da confiança na aparência até à possibilidade de os conviventes terem-se conferido mutuamente poderes representativos. Estas teses revelam-se, em muitos casos, imprestáveis para o fim da afirmação da co-responsabilização do convivente não celebrante do contrato com terceiro para acorrer aos encargos da vida familiar, dado que, em regra, aquando da celebração desta espécie de negócios, não há uma afirmação de *contemplatio domini* em relação ao outro contraente.

II. O Autor admite, também, que os conviventes celebrem negócios programáticos destinados a “atribuir (ou a negar) um determinado significado negocial que os comportamentos terão no futuro, durante o *ménage*, seja nas relações recíprocas, seja no que respeita à atividade negocial com terceiro”, não considerando consistentes as críticas daqueles que entendem que a admissibilidade de tais negócios pode importar uma ataque ao princípio da causalidade vigente no ordenamento italiano (e também no português) ⁽²²⁾. Ademais entende que os referidos negócios podem valer tanto nas relações internas como nas externas “na condição de que, casuisticamente, se identifique a presença de uma (ainda que não formal [...]) *contemplatio domini*” ⁽²³⁾.

III. No que respeita às relações negociais que envolvam os filhos, o Autor debruça-se sobre a questão de saber se os pais ficam vinculados pelos negócios celebrados com terceiros pelos filhos que com eles convivem. Trata-se, segundo Giacomo Oberto, de uma situação que se vem

⁽²²⁾ *Op. cit.*, p. 162.

⁽²³⁾ *Idem*.

verificando com mais frequência na medida em que o “acesso ao mercado de consumo” é mais extenso e o convívio com os pais se prolonga no tempo ⁽²⁴⁾. Considera, por isso, em primeiro lugar a hipótese da celebração de negócios por filhos menores, entendendo que, mais do que estender a responsabilidade contratual aos pais pelo cumprimento (para o que avança alguns instrumentos jurídicos), se deve é poder afirmar, em certos casos, a responsabilidade dos pais pelo incumprimento do contrato que vincula o menor.

Tal responsabilização não lhe parece poder fundar-se no caso do filho maior, salvo se este tiver atuado em nome dos pais, caso em que lhe faltando poderes para tal, haverá que considerar a aplicação do regime da representação sem poderes e da tutela da aparência de representação ⁽²⁵⁾.

5. A extinção da comunhão de vida por rutura ou por morte de um dos conviventes

I. Os capítulos oitavo e nono são reservados, respetivamente, ao tratamento jurídico da cessação da convivência *more uxorio* por rutura e por morte.

II. Começando pelas situações de extinção por rutura, o Autor vem sublinhar que, nesse momento, muitas pretensões que, durante a vida passada da relação, não chegaram a formular-se em virtude da *affectio* que as “parecia cobrir de um aparente véu de ajuricidade” conquistam, agora, numa apreciação atualista, relevância jurídica ⁽²⁶⁾.

Por isso, a programação contratual, através da celebração preventiva de uma convenção que antecipe, conformando, a regulação dos efeitos da extinção, aparece como um instrumento promotor da certeza jurídica. Importará, pois, aferir da admissibilidade destes negócios e definir dos limites do conteúdo que pode ser vertido no respetivo objeto negocial. O Autor destaca a este propósito o paralelismo desta problemática com a da celebração de negócios, pelos cônjuges, na previsão do divórcio para disciplinar os correspondentes efeitos. Em ambas as hipóteses, a cláusula geral da ordem pública, como decorrência do que o Autor já havia defen-

⁽²⁴⁾ *Op. cit.*, p. 165.

⁽²⁵⁾ *Op. cit.*, p. 169.

⁽²⁶⁾ *Op. cit.*, p. 171.

dido a propósito das convenções de convivência, assumirá protagonismo como um limite às manifestações da liberdade negocial que é afirmada como princípio.

Giacomo Oberto depois de considerar a questão da admissibilidade de acordos celebrados na previsão da rutura, debruça-se sobre as repercussões da extinção da relação por vontade de um ou de ambos os cônjuges no pacto de convivência que tenha sido celebrado para regular a vida da relação. Faz, a esse propósito, um périplo sobre algumas figuras que podem (pelo menos aparentemente) oferecer uma resposta à questão da repercussão jurídica da cessação da convivência *more uxorio* na vigência do contrato de convivência preteritamente celebrado: desde a mais singela asserção da verificação de um mútuo dissenso, passando pela afirmação da aposição de uma condição resolutiva associada ao fim da comunhão de vida ou pelo reconhecimento de um direito de denúncia *ad nutum*, até, finalmente, ao recurso à teoria da pressuposição.

III. Subsequentemente, considerando a questão da afirmação de um direito ao ressarcimento dos danos decorrentes da rutura da relação, o Autor vem defender o entendimento comumente aceite pela doutrina e jurisprudência italianas que aplicam aqui o princípio insito no brocardo "*volenti non fit injuria*", rejeitando a possibilidade de o exercício do direito a pôr fim à relação *more uxorio* poder constituir causa de danos "*contra ius*" à contraparte. Não aceita, por isso, a tese que funda a pretensão ressarcitória na violação de "um dever geral de solidariedade social" consagrado no art. 2.º da Constituição Italiana. Do mesmo passo, demarca a problemática em análise, da questão da ressarcibilidade de danos concomitantes à rutura e que assentem numa *factispecies* autonomamente fundadora de responsabilidade *ex lege Aquilia*.

IV. De seguida, são considerados dois núcleos de matérias com particular relevância. Falamos, por um lado, da proteção relativa à casa de morada dos conviventes *more uxorio*, cuja resposta jurídica tem sido construída por obra da jurisprudência e da doutrina, à míngua de uma solução positivada pelo legislador italiano; falamos, por outro lado, da regulação do exercício das responsabilidades parentais que, atenta a similitude da materialidade das hipóteses fácticas desse exercício nos momentos posteriores à extinção de um casamento e à rutura de uma união de facto, conduziu a um movimento de reforma legislativa que aproximou os regimes aplicáveis às duas situações.

V. No que concerne à situação de extinção da relação de união de facto por morte de um dos companheiros e dada a falta, em Itália, de previsão legal de proteção para o membro sobrevivente, o Autor denota que essa tutela deverá ser predisposta através do exercício da autonomia privada, nomeadamente pela celebração de testamento ou de doações. No que respeita aos instrumentos "«preventivos» de natureza contratual" destaca, de imediato, o obstáculo de monta que é representado pelo princípio da proibição dos pactos sucessórios (vigente também, entre nós, *ex vi* do art. 2018.º).

Giacomo Oberto considera, depois, outros mecanismos jurídicos de entre os quais, aqui, destaco o da celebração de contrato a favor de terceiro (o companheiro sobrevivente) produtor de efeitos por morte do estipulante (promissário), permitindo alcançar resultados práticos idênticos aos que se produziriam com a celebração de um pacto sucessório.

VI. O Autor, finalmente, dirige a sua atenção para os efeitos jurídicos decorrentes da morte do convivente *more uxorio* causada por um ato ilícito de terceiro. Concentrando-se na problemática do direito ao ressarcimento do dano sofrido pelo convivente sobrevivente, analisa a evolução constatada na jurisprudência italiana que, depois de um período em que denegava o reconhecimento de um tal direito, vem, após uma decisão emblemática datada de 1994, acolhendo esse ressarcimento, quer do dano não patrimonial, quer do dano patrimonial. De qualquer modo, destaca-se que se, na compensação da primeira espécie de dano, se considera afirmada a verificação do mesmo *ipso iure* a partir da produção da morte do convivente, já na indemnização do dano patrimonial se vem exigir a prova "de um contributo económico estável realizado, em vida, pelo falecido ao lesado" — podendo configurar-se essa atribuição patrimonial pretérita como mera obrigação natural — e que a morte vem fazer decair. Tratar-se-á de uma solução paralela à que, entre nós, encontramos plasmada no Código Civil, no art. 496.º quando aos danos morais e no art. 495.º, n.º 3, quanto aos danos patrimoniais.

III — OBSERVAÇÕES CONCLUSIVAS

I. *I diritti dei conviventi. Realtà e prospettive tra Italia ed Europa* de Giacomo Oberto oferece-nos, numa perspectiva compreensiva, uma análise crítica dos principais pontos do regime jurídico aplicável, no presente, em Itália, à vivência *more uxorio*.

II. O estudo objeto desta recensão não se confina, no entanto, à exposição dos dados normativos relativos àquele contexto espaço-temporal. Na verdade, nesta monografia estão patenteadas as conclusões reflexivas do autor italiano ancoradas numa investigação profunda enriquecida por uma perspetivação evolutiva — com consideração pelo *iter* histórico que conduziu ao direito vigente e pela sua ponderação crítica motivadora de proposta de soluções numa ótica *de iure constituendo* —, por uma reflexão de direito comparado — contemplando as soluções acolhidas noutros ordenamentos —, e por uma ponderação simultânea das tendências manifestadas na jurisprudência (de tribunais italianos e de tribunais supranacionais).

III. Sob a miríade de questões tratadas por Giacomo Oberto, encontram-se duas ideias matriciais que conferem unidade ao estudo. Referimo-nos, por um lado, à omnipresença dos corolários densificadores da resposta ao desafio maior no tratamento da matéria da convivência *more uxorio* que é o da definição do perímetro de um espaço de atuação livre da intervenção do direito e que acabam por emergir, com particular intensidade no jogo tenso entre o âmbito de aplicação de figuras como o do enriquecimento sem causa e o das obrigações naturais. Por outro lado, a reflexão do Autor assenta no acolhimento do princípio da regulação negocial das relações patrimoniais no âmbito familiar, que encontra raízes seculares na História. Aliás, esta obra aparece assim numa linha monográfica dedicada às manifestações de autonomia privada *endofamiliares* deste Autor, peregrino na defesa desse princípio, na doutrina italiana.°

EXECUÇÃO GRÁFICA
COIMBRA EDITORA
COIMBRA