



Conselho Superior da Magistratura

*Distribuir - x
Assinar - x - processos
L2, 29/05/2013
Gec.*

Exmº Senhor
Dr. Osvaldo de Castro
Presidente da Comissão de Assuntos
Constitucionais, Direitos, Liberdades e
Garantias
Assembleia da República
Palácio de São Bento
1249 - 068 Lisboa

Sua referência Sua comunicação de Nossa referência Ofício nº Data

ASSUNTO:

05-182/D1 4430 08/05/13

Em cumprimento do despacho do Exmº Juiz Conselheiro Vice Presidente deste Conselho dá-se conhecimento a Sua Excelência do estudo remetido pelos Exmºs Magistrados Judiciais do Tribunal de Família e Menores de Lisboa, para eventual ponderação nos trabalhos aí em curso sobre as projectadas alterações ao Código Civil nos regimes do casamento, da filiação e dos alimentos.

Com os melhores cumprimentos

A Juíza Secretária



Maria João Sousa e Faro

ASSEMBLEIA DA REPÚBLICA
Divisão de Apoio às Comissões
CACDLG
n.º Único 262122
Entrada/Saida n.º 551 Data: 19/05/2013

Jm



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA
Processo nº 2005 – 182/D1

**

Com cópia de fls. 50 a 54, 55 e 57 a 62, inscreva-se em Tabela para o próximo Permanente.

**

Atenta a proveniência e o conteúdo do estudo junto a fls. 63-64, sugere-se a sua remessa para a 1ª Comissão da Assembleia da República, a fim de aí poder ser devidamente ponderado o contributo dos Exmos. Juízes para a discussão em curso.

Ao Exmo. Vice-Presidente.

©

Lisboa, 2008-05-12

EDGAR TABORDA LOPES

(JUZ DE DIREITO - VOGAL DO CSM - DISTRITO JUDICIAL DE LISBOA)

Concordo.

Remeta-se, como se sugere, o estudo apontado à 1ª Comissão de Assembleia da República para eventual ponderação nos trabalhos aí em curso sobre os projectos alterados do Código Civil nos regimes do casamento, da filiação e dos alimentos.

13/5/2008

[Handwritten signature]

64

CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA
Lº 2005 Nº 1524/01
11 MAIO 2008
APRESENTAÇÃO Nº 6835 A

Exmo. Senhor
Vice- Presidente do
Conselho Superior da Magistratura
Largo do Corpo Santo, 13
1200-129 Lisboa

Os Juizes do Tribunal de Família e Menores de Lisboa, em face da aprovação na generalidade do Projecto-Lei que altera o Código Civil nos Títulos II,III e V, respeitantes ao Casamento, à Filiação e aos Alimentos, e atendendo às inevitáveis repercussões dos regimes em discussão na administração e aplicação da justiça, requerem a Vossa Excelência que diligencie pela promoção de todas as diligências necessárias e convenientes, no sentido de ser atendida a experiência dos Tribunais de Família e Menores na aplicação da justiça nas áreas objecto do Projecto-Lei e a discutir na especialidade, nos termos e para os efeitos do disposto no artº 149º/c) do Estatuto dos Magistrados Judiciais.

Como contributo, remete-se um estudo elaborado pela juiz titular do 3º Juízo, 2ª Secção, deste Tribunal de Família e Menores de Lisboa, para os efeitos tidos por convenientes.

Com os melhores cumprimentos,

Lisboa, 9 de Maio de 2008

Alcides da Nova
Mafre Isabel Duarte Colmeiro

Luiz Isabel Bojilheiro Guedes

~~Carla Filipe de Almeida~~
Ana de Lencastre Dykhal e Uiz Rita

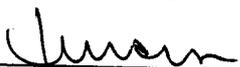


CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

TERMO DE APENSAÇÃO

Em 12.05.2008, apensei aos presentes autos a “Apreciação Crítica do Projecto-Lei”, que altera o Código Civil nos regimes do Casamento, da Filiação e dos Alimentos, apresentada pelos Exm^{os} Juízes de Direito do Tribunal de Família e Menores de Lisboa.

O Escrivão de Direito



José Martins

APRECIACÃO CRÍTICA DO PROJECTO- LEI

que altera o Código Civil nos regimes do Casamento, da Filiação e dos Alimentos.

Lisboa, Maio de 2008

Alexandra Maria Viana Parente Lopes

«A lei e a dogmática jurídica não são um fim em si mesmas mas instrumentos ao serviço das pessoas».

«Há reformas legislativas e movimentos sociais que tiveram origem naquilo que os juízes sentiram e pensaram quando, através das suas decisões judiciais, resolveram problemas sociais e jurídicos, que os conduziram a uma reflexão profunda sobre a natureza humana e sobre si próprios. Talvez seja esta a verdadeira forma de evolução do direito: a consciência de cada um de nós».

MARIA CLARA SOTTOMAYOR, recensão «Consciência e Amor na Tomada da Decisão Judicial», publicado em *Lex Familae*, Ano 1, nº2, 2004, págs. 133 a 139, sobre *Conscience and Love in Making Judicial Decisions*, 2001, de Alexander Nikolaevich Shitov, 2001, Kluwer Academic Publishers, Dordrecht/Boston/London, 242 pp.

ÍNDICE:

I- Parte Geral:

Exposição dos motivos e das opções legislativas centrais

1. Introdução ao Projecto-Lei -----	5
1.1. Fundamentos e corolários do casamento-----	5
1.2. Transformações sociais-----	6
1.3. Elenco de opções político- legislativas principais-----	9
2. Apreciação crítica -----	11
2.1. Do Casamento, Divórcio e Consequências-----	12
2.1.1. Desarmonia entre o conteúdo do casamento e as causas e procedimentos de dissolução-----	12
2.1.2. Ausência de conflito e inadequação das opções legislativas -----	18
2.2. Das responsabilidades parentais:-----	22
2.2.1. Manutenção do conteúdo do poder- dever e dos interesses da sua aplicação-----	22
2.2.2. Desnecessidade e inadequação da imposição do regime de exercício conjunto das responsabilidades parentais-----	26
A- Desnecessidade-----	27
B- Inadequação-----	27
B1. Situações de guarda e exercício singulares-----	28
B2. Situações de exercício conjunto-----	33

II- Parte Especial

Alterações, Revogações e Aditamentos

1. No Título II- Do casamento -----	39
1.1. Capítulo IX- Efeitos quanto às pessoas e bens dos cônjuges-----	39
1.1.1. Comparação de regimes-----	39
1.1.2. Apreciação crítica-----	40
1.2. Capítulo XIII- Divórcio e Separação Judicial de Pessoas e Bens-----	41

1.2.1. Comparação de regimes-----	45
A- Mediação familiar-----	45
B- Modalidades de decretamento de divórcio-----	45
C- Divórcio por mútuo consentimento-----	45
D- Divórcio sem consentimento-----	47
1.2.2. Apreciação crítica-----	49
A- Mediação familiar-----	49
B- Divórcio por mútuo consentimento-----	49
C- Divórcio sem consentimento-----	53
2. No Título III- Da Filiação:	
Capítulo II- Efeitos da Filiação, Secção II- Poder Paternal, Subsecção IV-	
Exercício do Poder Paternal-----	57
2.1. Comparação de regimes-----	60
A- Na constância do casamento-----	60
B- Em caso de divórcio, separação judicial de pessoas e bens, de declaração de nulidade ou anulação de casamento-----	61
C- Em caso de confiança do filho a terceira pessoa-----	64
D- Em caso de perigo para o menor na sobrevivência do progenitor a quem o filho não for confiado-----	64
E- Em caso de separação de facto-----	65
F- Em caso de filiação estabelecida apenas quanto a um dos progenitores-----	65
G- Em caso de filiação estabelecida quanto a ambos os progenitores que vivem em condições análogas às dos cônjuges---	65
H- Em caso de filiação estabelecida quanto a ambos os progenitores que não vivem em condições análogas às dos cônjuges-----	66
2.2. Apreciação crítica-----	66
A- Na constância do casamento-----	66

B- Em caso de divórcio, separação judicial de pessoas e bens, de declaração de nulidade ou anulação de casamento-----	66
C- Em caso de confiança do filho a terceira pessoa-----	72
D- Em caso de filiação estabelecida quanto a ambos os progenitores que vivem em condições análogas às dos cônjuges-----	73
E- Em caso de filiação estabelecida quanto a ambos os progenitores que não vivem em condições análogas às dos cônjuges-----	73
F- Crime de desobediência-----	74
3. No Título V- Dos Alimentos-----	75
Capítulo II- Disposições Especiais-----	75
3.1. Comparação de regimes-----	75
A- No regime vigente-----	75
B- No Projecto-Lei-----	76
3.2. Apreciação crítica-----	77
A- Dever de prover à subsistência-----	77
B- Recusa de fixação de alimentos em caso de equidade-----	78
C- Direito de preferência de filhos menores-----	79
D- Vedação da manutenção do padrão de vida anterior-----	79
E- Duração limitada e renovação-----	89

I

Parte Geral

— Exposição dos motivos e das opções legislativas centrais —

1. Introdução ao Projecto-Lei:

O Projecto-Lei aprovado na generalidade no dia 16 de Abril de 2008 pela Assembleia da República, introduz alterações ao Código Civil nos Títulos II, III e V, respeitantes ao Casamento, à Filiação e aos Alimentos.

Estas alterações são introduzidas numa exposição que compreende sistematicamente: uma apresentação dos fundamentos do casamento e dos seus corolários lógicos nas sociedades contemporâneas; uma descrição das transformações sociais que desencadearam a representação social actual; um elenco apologético das opções políticas e legislativas essenciais, consequentes com os fundamentos e as consequências defendidas.

1.1. Fundamentos e corolários do casamento:

O legislador define como o fundamento dos casamentos nas sociedades contemporâneas «*A liberdade de escolha e igualdade de direitos e de deveres entre cônjuges, afectividade no centro da relação, plena comunhão de vida, cooperação e apoio mútuo na educação dos filhos, quando os houver,...*».

Com base nestes pressupostos, conclui pela «*aceitação do divórcio*», pois entende que «*ninguém deve permanecer casado contra sua vontade ou se considerar que houve quebra do laço afectivo*» e que «*o cônjuge tratado de forma desigual, injusta ou que atente contra a sua dignidade deve poder terminar a relação conjugal mesmo sem a vontade do outro*».

Declara contrapor a esta amplitude do divórcio «*uma gestão responsabilizada e colectivamente assumida das suas consequências*», declarando pretender não agravar a desigualdade e assimetria dos cônjuges e proteger os mais fragilizados, designadamente as vítimas de violência doméstica¹, as mulheres domésticas e as crianças^{2 3}.

¹ Vide Preâmbulo- Demonstração dessa necessidade de ao eliminar a culpa evitar a desprotecção é, aliás, o facto de este projecto consagrar, de forma muito inovadora relativamente à legislação anterior, que a violação dos direitos humanos, designadamente a violência doméstica, constituírem fundamento para requerer o divórcio. Não é nesta situação, aliás, necessário esperar pelo período de um ano de ruptura de facto, para o requerer, na medida em que se considera que esse tipo de violações persistentes evidencia de forma óbvia a ruptura da vida em comum.

1.2. Transformações sociais:

As opções legislativas são fundamentadas nas transformações sociais, enunciando-as em quatro segmentos.

1. A modernidade⁴, marcada pelos movimentos de sentimentalização⁵, individualização⁶ e secularização⁷ do século XX, compreende a procura de realização

² *Vide* Preâmbulo: «Exige-se em contrapartida sempre, com acordo ou sem ele, rigor e equilíbrio na gestão das consequências do divórcio, sobretudo quando há crianças envolvidas ou situações de assimetria e fragilidade de uma das partes. Os direitos das crianças serão o referente aquando da regulação do exercício das responsabilidades parentais. Procura-se acautelar o não agravamento de situações de desigualdade e assimetria entre cônjuges, protegendo os mais fragilizados».

³ *Vide* Preâmbulo: «Não pode significar esta elisão (da culpa) que se desprotejam situações de injustiça ou desigualdade. Nas consequências do divórcio está prevista a reparação de danos bem como a existência de créditos de compensação quando houver manifesta desigualdade de contributos dos cônjuges para os encargos da vida familiar. É decisivo, com efeito, observar rigor no domínio das consequências, quer relativamente aos filhos, quer nas situações de maior fragilidade e desigualdade entre cônjuges».

⁴ *Vide* Preâmbulo- Mas a modernidade assenta na ideia transformadora da capacidade de cada indivíduo e na procura da realização pessoal traduzidas, no plano do casamento, na valorização das relações afectivas em detrimento das imposições institucionais e na aposta no bem-estar individual como condição necessária para o bem-estar familiar.

(...) O projecto de lei que se apresenta pretende retomar o espírito renovador, aberto e moderno que marcou há quase cem anos a I República, adequando a lei do Divórcio ao século XXI, às realidades das sociedades modernas».

⁵ *Vide* Preâmbulo- «Para identificar o processo da sentimentalização basta analisar diacronicamente as práticas da vida conjugal e familiar (...) para inevitavelmente concluir que os afectos estão no centro da relação conjugal e na relação pais- filhos.

É o facto de a dimensão afectiva da vida se ter tornado tão decisiva para o bem-estar dos indivíduos que confere à conjugalidade particular relevo. Sendo esta decisiva para a felicidade individual, tolera-se mal o casamento que se tornou fonte persistente de mal-estar. Assim, é a importância do casamento e não a sua desvalorização que se destaca quando se aceita o divórcio».

⁶ *Vide* Preâmbulo: «significa a liberdade de assumir para si, aceitando também para os outros, a escolha de modos próprios de encarar e viver a vida privada».

⁷ *Vide* Preâmbulo: «O que está em causa não é necessariamente o abandono das referências religiosas, mas antes uma retracção destas para esferas mais íntimas e assumindo dimensões menos consequenciais em outros aspectos da vida. No plano das práticas são visíveis outros indicadores de secularização. A descida dos casamentos católicos é um deles. De 90,7 em 1960, foram descendo para 86,6% em 1970, 74,6% em 1981%, 72,0% em 1991, 66,4% em 1999 e finalmente para 52% em 2006 de acordo com os dados das Estatísticas Demográficas do INE para 2006».

pessoal e, no casamento, traduz-se na valorização das relações afectivas em detrimento das institucionais.

2. A necessidade de mudar o centro de atenção dos direitos dos pais para os direitos das crianças⁸, de não transformar a separação e ruptura dos pais na separação e ruptura destes com os filhos⁹, de adaptar a legislação portuguesa à maioria, que transformou a guarda única em guarda conjunta¹⁰.

3. As assimetrias da sociedade portuguesa, onde se registam: a desigualdade de contributos entre homens e mulheres para a vida familiar¹¹, geradora da necessidade de

⁸ *Vide* Preâmbulo: «Na mudança de designação está obviamente implícita uma mudança conceptual que se considera relevante. Ao substituir uma designação por outra muda-se o centro da atenção: ele passa a estar não naquele que detém o “poder” – o adulto, neste caso – mas naqueles cujos direitos se querem salvaguardar, ou seja, as crianças. (...) a designação anterior supõe um modelo implícito que aponta para o sentido de posse, manifestamente desadequado num tempo em que se reconhece cada vez mais a criança como sujeito de direitos».

⁹ *Vide* Preâmbulo: «Em segundo lugar, é vital que seja do ponto de vista das crianças e dos seus interesses, e portanto a partir da responsabilidade dos adultos, que se definam as consequências do divórcio. (...) o divórcio dos pais não é o divórcio dos filhos e estes devem ser poupados a litígios que ferem os seus interesses, nomeadamente, se forem impedidos de manter as relações afectivas e as lealdades tanto com as suas mães como com os seus pais».

¹⁰ *Vide* Preâmbulo: «A imposição do exercício conjunto das responsabilidades parentais para as decisões de grande relevância da vida dos filhos decorre ainda do respeito pelo princípio do interesse da criança. Também aqui se acompanha a experiência da jurisprudência e a legislação vigente em países que, por se terem há mais tempo confrontado com o aumento do divórcio, mudaram o regime de exercício das responsabilidades parentais da guarda única para a guarda conjunta. Isso aconteceu por terem sido verificados os efeitos perversos da guarda única, nomeadamente pela tendência de maior afastamento dos pais homens do exercício das suas responsabilidades parentais e correlativa fragilização do relacionamento afectivo com os seus filhos».

¹¹ *Vide* Preâmbulo: «De acordo com o Relatório do Desenvolvimento Humano 2007/2008 das Nações Unidas, Portugal é dos países, entre os de desenvolvimento humano elevado, com maior assimetria em desfavor das mulheres em horas de trabalho dentro e fora do mercado: elas despendem, com efeito, mais de uma hora e meia por dia do que os homens.

(...) somando as horas de trabalho pago com as dos cuidados com a família, as mulheres portuguesas contribuem directamente com mais horas de trabalho do que os homens. Outros dados revelavam ainda que 70% das mulheres no nosso país contribuíam financeiramente de forma decisiva para o orçamento familiar. Por último, são também as mães portuguesas aquelas que mais horas trabalhavam para o mercado de trabalho em toda a União Europeia a quinze. Está longe, da realidade portuguesa assim, o modelo de divisão do trabalho familiar que atribui ao homem papel exclusivo de provedor da família e à mulher o de ser apenas cuidadora do lar e dos filhos. Mas insista-se em que o trabalho realizado pelas mulheres no contexto familiar, hoje acumulado com o trabalho que desempenham no exterior, não é valorizado no contexto do casamento e permanece ainda mais invisível quando surge o divórcio».

reconhecer a importância dos cuidados dos filhos e do trabalho doméstico¹², que motiva a apresentação da possibilidade de o cônjuge invocar créditos de compensação¹³; a oneração das mulheres com a guarda das crianças e o incumprimento da assunção das responsabilidades parentais, que afectam as condições de vida dos filhos, o que motiva a imposição do exercício das responsabilidades parentais conjuntas, em questões de particular importância¹⁴.

4. O aumento do divórcio desde 1975¹⁵, decorrente da maior liberdade para decidir causada pelo assalariamento¹⁶, da valorização de uma conjugalidade feliz¹⁷, de se ter deixado de depender tanto do casamento como modo de vida¹⁸.

¹² *Vide* Preâmbulo: «Ora, o reconhecimento da importância decisiva para as condições de vida e equilíbrio da vida familiar dos contributos da chamada esfera reprodutiva, isto é, dos cuidados com os filhos e do trabalho doméstico, é uma aquisição civilizacional recente que carece ainda de ser verdadeiramente incorporada, quer na realidade quotidiana, quer na percepção política e jurídica. Se muitas vezes no plano dos princípios se está pronto a considerar a maternidade e a paternidade como valores sociais eminentes (art. 68º da Constituição) é necessário promover a sua plena concretização».

¹³ *Vide* Preâmbulo: É por ter em consideração esta falta de reconhecimento e as assimetrias que lhes estão implícitas, que o projecto apresentado estabelece, nas consequências do divórcio, a possibilidade de atribuição de créditos de compensação, sempre que se verificar assimetria entre os cônjuges nos contributos para os encargos da vida familiar.

Com efeito, sabe-se que as carreiras profissionais femininas são muitas vezes penalizadas na sua progressão porque as mulheres, para atender aos compromissos familiares, renunciam por vezes a desenvolver outras actividades no plano profissional que possam pôr em causa esses compromissos. Ora quando tais renúncias existem, e por desigualdades de género não são geralmente esperadas nem praticadas no que respeita aos homens, acabam, a prazo, por colocar as mulheres em desvantagem no plano financeiro. Admite-se por isso que no caso da dissolução conjugal seria justo “que o cônjuge mais sacrificado no (des)equilíbrio das renúncias e dos danos, tivesse o direito de ser compensado financeiramente por esse sacrifício excessivo”»

¹⁴ *Vide* Preâmbulo: «Ainda neste plano, vale a pena lembrar que devido ao facto de ser às mulheres que a guarda das crianças na situação de divórcio é atribuída com muito mais frequência, as situações de perda e desequilíbrio financeiro atingem também as condições de vida dos filhos. Estas ainda se podem agravar em caso de incumprimento de assunção das responsabilidades parentais, nomeadamente quando há recusa ou atraso na prestação de alimentos. Procurar formas de aumentar o envolvimento e o protagonismo dos pais, homens, na prestação de cuidados e apoio aos seus filhos, igualmente na sequência do divórcio, é por certo assegurar melhor os direitos das crianças a manter as relações de afecto tanto com as mães como com os pais, além de assegurar também a partilha mais igualitária das tarefas entre os sexos com benefício de todos os envolvidos».

¹⁵ *Vide* Preâmbulo: «O divórcio só começou a aumentar de forma mais significativa em Portugal depois de 1975 pelas razões já referidas. Depois de um momento de números elevados que correspondeu à regularização das

1.3. Elenco de opções político-legislativas principais:

O legislador elegeu opções políticas principais, concretizadoras da aceitação livre do divórcio e da chamada gestão responsável das suas consequências.

1.3.1. Opções políticas principais relativas às relações entre cônjuges e ex-cônjuges:

1) A alteração do regime de divórcio por mútuo consentimento, no qual ressalta: a eliminação da tentativa de conciliação; a desnecessidade de os cônjuges alcançarem “acordos complementares” como requisito do divórcio; a limitação do decretamento do divórcio consentido ao mútuo acordo sobre o próprio divórcio; a apresentação do pedido em tribunal, na falta de algum dos “acordos complementares”, para que o tribunal determine a dissolução com base no mútuo consentimento e decida as questões sobre que os cônjuges não conseguiram entender-se, como se se tratasse de um divórcio sem consentimento de um dos cônjuges.

situações anteriores à lei. A evolução é a seguinte: em 1970, 508; 1980, 5843; 1990, 9216; 2000, 19104; 2006, 23935 (INE, *Estatísticas Demográficas*).

¹⁶ *Vide* Preâmbulo: «Em primeiro lugar, é necessário ter em conta as recomposições sociais e económicas que se traduziram, num primeiro momento, na desruralização das sociedades e no crescimento das classes médias. (...) A lógica tradicional em que a família, em torno da figura do patriarca, decidia o casamento dos filhos – a família fundava o casamento – transforma-se no modelo de família conjugal moderna a partir do qual se define que é casamento que funda a família. Sociedades mais organizadas em torno do assalariamento dependem menos do património familiar para tomar decisões em torno da conjugalidade, têm mais liberdade para decidir».

¹⁷ *Vide* Preâmbulo: «Em segundo lugar, mudou a própria forma de encarar o casamento. Dada a centralidade dos afectos para o bem-estar dos indivíduos, passou a considerar-se que em caso de persistente desentendimento no casamento os indivíduos não seriam obrigados a manter a qualquer preço a instituição. Assume-se, aliás, ser difícil construir a harmonia familiar sobre o sacrifício e o mal-estar de algum dos seus membros. Aceitar o divórcio passou a ser sinal, não de facilitismo, mas de valorização de uma conjugalidade feliz e conseguida. Voltar a casar ou à conjugalidade é, de resto, a prática da maioria dos divorciados nas nossas sociedades».

¹⁸ *Vide* Preâmbulo: «Em terceiro lugar, passou a depender-se menos do casamento como modo de vida. A entrada progressiva das mulheres para o mercado de trabalho, fenómeno mais visível em Portugal desde o início dos anos 80, permite menor dependência do casamento como modo de vida, para ambos os cônjuges, e maior autonomia para acabar com situações persistentemente indesejáveis.

Ainda que se dependa menos como modo de vida, é difícil terminá-lo sem afectar o modo de vida e ampliar as dificuldades».

2) A eliminação do regime do divórcio litigioso¹⁹ e a criação de um regime de divórcio sem consentimento modelado num sistema objectivo de divórcio-ruptura²⁰, em relação ao qual: o tribunal não pode determinar e graduar a culpa, para aplicar sanções patrimoniais; eliminam-se as sanções patrimoniais acessórias; ficam alheias ao processo as discussões sobre danos provocados por actos ilícitos; encurtam-se para um ano os prazos de relevância dos fundamentos do divórcio sem consentimento de um dos cônjuges; cria-se uma cláusula geral de falência do casamento.

3) A estimulação da divulgação dos serviços de mediação familiar²¹.

4) A alteração dos efeitos patrimoniais do divórcio, registando: a realização da partilha, como se os cônjuges tivessem estado casados em comunhão de adquiridos, ainda que o regime convencionado tivesse sido a comunhão geral, ou um outro regime misto mais próximo da comunhão geral; o princípio de que o cônjuge que contribui manifestamente mais do que era devido para os encargos da vida familiar adquire um crédito de compensação que deve ser satisfeito no momento da partilha; a perda, por qualquer dos cônjuges, dos benefícios que recebeu ou havia de receber em consideração do estado de casado, apenas porque a razão dos benefícios era a constância do casamento; o julgamento dos pedidos de reparação de danos, a analisar nos termos gerais da responsabilidade civil, nas acções próprias.

5) A alteração do regime de alimentos, registando: o princípio de que cada ex-cônjuge deve prover à sua subsistência e que a obrigação de alimentos tem um carácter temporário, embora possa ser renovada periodicamente; a negação da obrigação de

¹⁹ *Vide* motivação do Preâmbulo: «Daqui decorre também que importa evitar que o processo de divórcio, já de si emocionalmente doloroso, pelo que representa de quebra das expectativas iniciais, se transforme num litígio persistente e destrutivo com medição de culpas sempre difícil senão impossível de efectivar.

Aliás, afastar o litígio e evitar arrastamentos ainda mais dolorosos das situações de divórcio é justamente o que os portugueses pela sua prática têm demonstrado fazer. Na verdade, os divórcios litigiosos têm vindo a diminuir drasticamente: de 38% em 1980, para 14% em 2000 e para uns residuais 6% em 2005».

²⁰ *Vide* Preâmbulo: «Elimina-se a modalidade de divórcio por violação culposa dos deveres conjugais – a clássica forma de divórcio-sanção – que tem sido sistematicamente abandonada nos países europeus por ser, em si mesma, fonte de agravamento de conflitos anteriores, com prejuízo para os ex-cônjuges e para os filhos; o divórcio não deve ser uma sanção».

²¹ *Vide* Preâmbulo: «Estimula-se a divulgação dos serviços de mediação familiar impondo uma obrigação de informação aos cônjuges, por parte das conservatórias e dos tribunais».

alimentos ao ex-cônjuge necessitado, em caso de equidade, quando for chocante onerar o outro com a obrigação correspondente; o princípio de que o credor de alimentos não tem o direito de manter o padrão de vida de que gozou enquanto esteve casado; o estabelecimento de uma prevalência de qualquer obrigação de alimentos relativamente a filhos do devedor de alimentos, relativamente à obrigação emergente do divórcio em favor do ex-cônjuge.

1.3.2. Opção relativa à protecção dos filhos menores: altera a denominação do regime para «responsabilidades parentais»; impõe um regime de responsabilidades parentais conjuntas em questões de particular importância, em caso de divórcio, de separação, de declaração de nulidade e de anulação²²; impõe a determinação da residência do filho, por parte de quem assume a sua guarda, de forma a promover relações habituais do filho com o outro progenitor; comina o incumprimento do regime sobre o exercício das responsabilidades parentais como crime de desobediência, nos termos da lei penal.

2. Apreciação crítica:

A alteração legislativa ao regime do casamento, da filiação e dos alimentos, consignada no Projecto-Lei que se aprecia, consubstancia uma visão unilateral do casamento, das oportunidades da sua dissolução e das suas consequências nas relações entre os cônjuges e ex-cônjuges e com os filhos menores.

Esta visão do legislador, porém, não é consistente com a sua intenção de manter o conteúdo do casamento, nem com as exigências das responsabilidades parentais, também não é justificada pelo equilíbrio dos interesses públicos e privados em causa, nem resolve

²² *Vide* Preâmbulo: «Dá-se por assente que o exercício conjunto das responsabilidades parentais mantém os dois progenitores comprometidos com o crescimento do filho; afirma-se que está em causa um interesse público que cabe ao Estado promover, em vez de o deixar ao livre acordo dos pais; reduz-se o âmbito do exercício conjunto ao mínimo – aos assuntos de «particular importância». Caberá à jurisprudência e à doutrina definir este âmbito; espera-se que, ao menos no princípio da aplicação do regime, os assuntos relevantes se resumam a questões existenciais graves e raras, que pertencem ao núcleo essencial dos direitos que são reconhecidos às crianças. Pretende-se que o regime seja praticável – como é em vários países europeus – e para que isso aconteça pode ser vantajoso não forçar contactos frequentes entre os progenitores. Assim se poderá superar o argumento tradicional de que os pais divorciados não conseguem exercer em conjunto as responsabilidades parentais.

Pretende-se diminuir a ligeireza com que se desprezam as decisões dos tribunais e se alteram os hábitos e as expectativas dos filhos, nesta matéria».

qualquer conflito social ou judicial na aplicação do regime vigente, nem responde às necessidades da prática vivida da dissociação familiar na sociedade portuguesa.

As opções legislativas defendidas, baseadas numa liberdade de escolha iminentemente privada e individualista, são passíveis de lesar os cidadãos que a lei pretendia proteger, particularmente os mais fragilizados no panorama social português da dissociação familiar — as mulheres e as crianças.

2.1. Do Casamento, Divórcio e Consequências:

2.1.1. Desarmonia entre o conteúdo do casamento e as causas e procedimentos da sua dissolução:

No Título II do Livro IV do Código Civil, respeitante, respectivamente, ao Direito de Família e ao Casamento, o legislador manteve todos os capítulos respeitantes às modalidades, promessa, pressupostos, celebração, invalidade, casamento putativo, sanções especiais, registo de casamento, doações para casamento e entre casados, (Capítulos I a VIII, X e XI) e alterou apenas os capítulos respeitantes aos Efeitos do Casamento no que se refere às pessoas e bens dos cônjuges, tão só quanto ao dever conjugal de contribuir para os encargos da vida familiar, e ao Divórcio e Separação Judicial de Pessoas e Bens (Capítulos IX e XII).

Assim, não foi afectada a constituição e a teleologia do contrato de casamento, vindo a alterar-se apenas os fundamentos, os procedimentos e as consequências da sua extinção.

Ora, de acordo com a lei civil vigente, o casamento é uma das fontes de relações jurídicas familiares, pois é um contrato celebrado entre duas pessoas de sexo diferente que pretendem constituir família, mediante uma plena comunhão de vida, baseada na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges, no qual a direcção da família pertence a ambos, a quem incumbe acordar sobre a orientação da vida em comum, tendo em conta o bem da família e os interesses um do outro (*vide* arts.1577º e 1671º do Código Civil).

Assim, integram o conteúdo essencial deste acordo entre homem e mulher que se casam o direito de constituir família mediante uma plena comunhão de vida, o direito de ser tratado com igualdade, o direito de acordar sobre a orientação da vida em comum, tendo em conta, designadamente, os interesses próprios.

Analogamente, no conteúdo deste acordo integram-se também os correspondentes deveres: o dever de constituir família mediante uma plena comunhão de vida, o dever de tratar o outro com igualdade, o dever de acordar sobre a orientação da vida em comum, tendo em conta o bem da família e, designadamente, os interesses do outro, os deveres conjugais recíprocos de respeito, de fidelidade, de coabitação, de cooperação e de assistência (*vide* arts.1671º/1, 1672º, 1674º e 1675º do Código Civil).

No conteúdo destes deveres, tão amplamente tratados pela doutrina e pela jurisprudência, espelham-se os direitos recíprocos de cada um dos cônjuges.

Do ponto de vista jurídico, o dever de respeito assume um carácter residual em relação aos outros, uma vez que cabem no seu conteúdo as violações que não são passíveis de integrar os demais deveres especificados na lei. O dever de respeito, reveste um cariz negativo, de *non facere*, em face dos direitos pessoais ou absolutos do outro, e um cariz positivo, de tomar iniciativas de comunhão com o outro cônjuge, no mundo da sua vida e interesses, no desenvolvimento da (prê)-compreensão, do acompanhamento e da comunicação²³.

²³ Assim, quanto ao dever de *non facere*, impende sobre cada um dos cônjuges: o dever de não praticar actos ofensivos das liberdades individuais do cônjuge e dos seus direitos de personalidade; o dever de não praticar actos ofensivos da integridade física e moral do cônjuge, integridade esta compreendida pela vida, pela saúde, pela honra, pelo bom nome do outro, pela sua sensibilidade, susceptibilidade e reputação (arts.25º e 26º da Constituição da República Portuguesa, art.70º/1 do Código Civil e arts.143º e 152º/2 do Código Penal, quanto à garantia constitucional, protecção civil e penal); o dever de não praticar actos ofensivos da integridade, da dignidade e do bom nome do casal e da família, uma vez que o casamento cria uma «honra solidária», um «bom nome colectivo», um «património comum entre marido e mulher» e a família que constituíram, de tal modo que toda a ocorrência que directamente atinja o bom nome e o conceito individual de cada um dos cônjuges se repercute na imagem social do outro e da família. Assim, uma vez que o cônjuge, a partir do casamento, passa a estar solidariamente ligado ao seu consorte e à família, tem o dever de não conduzir a vida de forma indigna, desonrosa, desmerecedora do conceito público, uma vez que a dignidade, a honra e a reputação de um dos cônjuges repercutem-se e expressam a dignidade, a honra e a reputação do outro.

Vide, quanto ao conteúdo do dever: FRANCISCO PEREIRA COELHO e GUILHERME DE OLIVEIRA, *Curso de Direito da Família*, Vol. I, 3ª edição, Coimbra Editora, 2003, nº172, pág. 389; PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, Vol. IV, Coimbra Editora, 2ª edição revista e actualizada, nota 2ª ao artigo 1672º, págs. 256 e 257; ANTUNES VARELA, *Direito da Família*, 1º volume, 5ª edição, revista, actualizada e completada, 1999, Livraria Petrony, Lda., págs. 359 a 365; MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *O Regime Jurídico do Divórcio*, Almedina, 1991, págs. 38 ss.

O dever de fidelidade compreende-se no dever de dedicação exclusiva e leal de um cônjuge a outro. Nesta acepção, possui um carácter de puro dever negativo, de abstenção de encetar ou manter relações emocionais com terceira(s) pessoa(s).²⁴.

O dever de coabitação implica a obrigação de vida em comum, expressa na partilha da mesma mesa, do mesmo leito e da mesma habitação — *tori, mensae et habitationis* (*vide* art. 1673º do Código Civil).²⁵.

O dever de cooperação importa, para os cônjuges, a obrigação de socorro e auxílio mútuos e a assunção conjunta das responsabilidades inerentes à vida familiar que fundaram (*vide* art. 1674º do Código Civil)²⁶.

O dever de assistência compreende a obrigação de prestar alimentos e de contribuir para os encargos da vida familiar (*vide* arts. 1675º e 1676º do Código Civil)²⁷.

²⁴ Este dever exige a obrigação de abster-se de relacionamentos sentimentais com terceiro, quer materializados em relação corporal, que assume a sua forma mais extrema no relacionamento de carácter sexual (infidelidade material), quer não materializados, desde que exprimam uma violação da promessa de dedicação exclusiva e leal que um cônjuge deve ao outro (infidelidade moral).

Vide, quanto ao conteúdo deste dever: FRANCISCO PEREIRA COELHO e GUILHERME DE OLIVEIRA, *in* ob. citada, nº173, págs. 390 e 391; ANTUNES VARELA, *Direito da Família*, Volume I, 5ª edição, revista, actualizada e completada, 1999, Livraria Petrony, Lda, págs. 342 e 343.

²⁵ Integra este dever, assim, a obrigação activa: de consumir e manter relações sexuais com o outro cônjuge; de estabelecer e manter uma economia comum; de adoptar uma residência de família, de referência e identificação, atendendo nomeadamente às exigências da vida profissional e aos interesses dos filhos e procurando salvaguardar a unidade da vida familiar, que supõe, em regra, a convivência real na mesma residência.

Vide, quanto ao conteúdo deste dever, FRANCISCO PEREIRA COELHO e GUILHERME DE OLIVEIRA, *in* ob. citada, nº174, págs. 392 a 394.

²⁶ A obrigação de socorro e auxílio reveste o carácter de amparo mútuo, nos momentos de provação e nos momentos de consolação, com um conteúdo complexo de assistência moral ou espiritual, de apoio físico e material, consoante as necessidades de quem recebe e as possibilidades de quem presta.

A obrigação de assumir conjuntamente as responsabilidades onera os cônjuges com o dever de interesse, decisão e cooperação em todas as decisões do quotidiano da vida familiar, no que se refere aos filhos, aos bens, aos objectivos de condução familiar, bem como todos os deveres de carácter pessoal que não aproveitem apenas individualmente aos cônjuges.

Vide, entre a Doutrina, PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, Vol. IV, Coimbra Editora, 1992, 2ª edição revista e actualizada, notas 3ª e 4ª ao art.1674º, pág. 264.

Assim, no casamento convivem necessariamente direitos e deveres de cada um dos cônjuges, os interesses próprios de cada um deles e interesses que os ultrapassam, quer na relação jurídica familiar gerada, quer nas suas repercussões sociais.

Ainda que assim não fosse do ponto de vista do direito positivo, sempre seria de atender a que, no universo das representações sociais do casamento e da sua prática, não é possível, nem desejável²⁸, cindir a realidade dos casamentos e das famílias numa dicotomia entre o público e o privado, entre o tradicional e o moderno²⁹, entre o dever moral e o Direito.

²⁷ A obrigação de prestar alimentos apenas se autonomiza relativamente ao dever de contribuir para os encargos da vida familiar se os cônjuges vivem separados de direito ou de facto, uma vez que, se assim não for, reveste a forma habitual de contribuição para os encargos da vida doméstica.

Por sua vez, o dever de contribuir para os encargos da vida familiar incumbe a ambos os cônjuges, de harmonia com as possibilidades de cada um, e considera-se cumprido mediante a afectação de recursos (rendimentos e proventos) para fazer face àqueles encargos, ou pelo trabalho despendido no lar ou na manutenção da educação dos filhos (podendo os cônjuges acordar que um cumpra a sua obrigação de uma forma e o outro de outra, ou que a cumpram de ambas as formas).

Vide, quanto ao conteúdo deste direito, FRANCISCO PEREIRA COELHO e GUILHERME DE OLIVEIRA, *in ob. citada*, nº175, pág.395 a 399.

²⁸ *Vide* EVA DIAS COSTA, *Da relevância da Culpa nos Efeitos Patrimoniais do Divórcio*, Almedina, Janeiro de 2005, pág.45 e 43.

Esta autora, em referência à posição de GUILHERME DE OLIVEIRA, refere que a sociedade não está pronta a aceitar uma autonomia ilimitada do indivíduo no âmbito das relações familiares, sob pena de dar lugar a injustiças gritantes, apesar de a família ter vindo a ceder aos imperativos da privatização do amor.

A mesma autora, em referência à posição assumida por FRANÇOIS DE SINGLY, *O Eu, o Casal e a Família*. Publicações D. Quixote, 2000, págs. 16 ss, refere que «na sociedade actual, o projecto de vida que cada um escolhe é de certa forma independente de legitimação social, institucional ou moral, dependendo fundamentalmente do desenvolvimento pleno, inter-ajuda e respeito mútuo de duas pessoas que decidem partilhar a vida. E é isto que faz com que a família seja, segundo o Autor, o lugar primordial na construção da identidade do indivíduo enquanto ser eminentemente social, porquanto, parafraseando Hegel, “são precisos pelo menos dois para se ser humano”».

²⁹ *Vide* FRANCISCO MANUEL PEREIRA COELHO, «Casamento e Família no Direito Português», em *Temas de Direito da Família*, 1986, Ciclo de Conferências do Conselho Distrital do Porto da Ordem dos Advogados, págs. 10 ss, citado por EVA DIAS COSTA, *Da relevância da Culpa nos Efeitos Patrimoniais do Divórcio*, Almedina, Janeiro de 2005, pág. 25. No modelo tradicional o casamento é uma «instituição portadora de interesses próprios, que transcende os cônjuges e a que estes devem sacrificar, por isso, os seus interesses pessoais e as suas aspirações afectivas», «objecto de extensa e minuciosa regulamentação legal no que concerne aos seus requisitos de fundo e de forma», com papéis rígidos e predeterminados, condenada a manter-se mesmo contra a vontade de um ou mesmo de ambos os cônjuges; o modelo moderno «desvaloriza o lado institucional e faz do sentimento dos cônjuges, ou seja,

Desta forma, torna-se pouco compreensível qualquer fundamento de alteração legislativa que reduza o casamento ao direito de um dos cônjuges à realização individual e ao afecto, com desconsideração pelo direito do outro cônjuge e pelos deveres de ambos, perdendo o sentido essencial do fim familiar do casamento.

Torna-se menos compreensível ainda que o legislador crie fundamentos e procedimentos de dissolução do casamento que desfigurem o contrato por essa via dissolvido, que lesem interesses de uma das partes e que lesem o interesse público.

De facto, ao permitir o decretamento do divórcio por mútuo consentimento, com discórdia quanto aos interesses respeitantes aos filhos menores e aos interesses dos cônjuges, o Projecto-Lei desconsidera a responsabilidade pública decorrente do casamento como fonte de relação jurídica familiar e os interesses dos próprios cônjuges. Na realidade, a recondução dos ex-cônjuges para um debate judicial quanto às consequências do divórcio, que poderia ter sido evitado por um acordo global acerca da dissolução do casamento e das suas consequências, virá a lesar os interesses da parte mais fragilizada no conflito, habitualmente aquele que fica titular da guarda dos filhos e os próprios filhos menores.

Também, ao reduzir os fundamentos de divórcio sem consentimento de um dos cônjuges à simples vontade de um destes, fundada nos factos que «mostrem a ruptura definitiva do casamento», com proibição expressa de conhecer a culpa pela violação dos deveres conjugais³⁰, e sem criar quaisquer mecanismos correctivos deste quadro, está a desconsiderar injusta e totalmente o direito do outro cônjuge e as suas razões, parte no

da sua real ligação afectiva, o verdadeiro fundamento do casamento», nordeado por uma atitude de «neutralidade (...) que tende a considerar as relações familiares como pertencentes ao foro privado das pessoas», caracterizado pela «plena fungibilidade dos papéis conjugais» e pela possibilidade de pôr fim ao vínculo conjugal por acordo ou até por acto unilateral.

³⁰ No sistema actual e vigente, qualquer dos cônjuges pode requerer o divórcio se o outro violar culposamente os deveres conjugais, quando a violação, pela sua gravidade ou reiteração, comprometa a possibilidade da vida em comum (*vide* art. 1779º/1 do *Código Civil*). Na apreciação da gravidade dos factos invocados, deve o tribunal tomar em conta, nomeadamente, a culpa que possa ser imputada ao requerente e o grau de educação e sensibilidade moral dos cônjuges (*vide* art.1779º/2 do *Código Civil*). Assim, o facto constitutivo do direito de decretamento do divórcio é um facto jurídico global, de carácter objectivo e subjectivo, que revista gravidade e/ou reiteração capazes de comprometer a vida em comum.

mesmo contrato, está a abrir a porta ao subjectivismo, à irresponsabilidade total pelas consequências da dissolução do casamento, a situações de indignidade.

Assim, impõem-se: critérios objectivos que permitam preencher o conceito da «ruptura definitiva do casamento (e assinalá-lo à lesão do conteúdo do contrato); criar causas impeditivas do direito ao decretamento do divórcio, fundadas na imputação da ruptura ao cônjuge requerente e na ocorrência de situação de indignidade para o outro cônjuge e para os filhos menores, designadamente, quanto a estes, pela falta de assunção das responsabilidades parentais.

Repare-se que, mesmo em sistemas onde se introduziu maioritariamente a possibilidade de decretamento do divórcio por falência e ruptura, foram introduzidos mecanismos de defesa correctivos relativamente ao cônjuge que não aceitar o decretamento do divórcio nos termos pedidos.

No direito alemão, desde a primeira reforma de 1976, a única causa de divórcio atendível passou a ser a falência do casamento, definida pela falta de comunhão de vida entre os cônjuges e pela falta de expectativas de que esta possa vir a ser retomada, situação esta averiguada pelo tribunal (1565(1) BGB). Todavia, um casamento que tenha falhado não será dissolvido: por razões especiais relacionadas com o interesse de um menor nascido do casamento (interesse que é avaliado oficiosamente e que poderá até vir a impedir um divórcio por mútuo consentimento); quando tal resulte em grave prejuízo para a parte que se opôs ao requerimento (1567 (1), 2 BGB); se não houver separação inferior a um ano (art.1565 (1) BGB), salvo em situação penosa para o requerente em virtude da pessoa do outro (ofensas sérias).

No direito francês, por sua vez, a lei suporta quatro tipos de divórcio (arts.230 a 246 do Código Civil), por se ter chegado à conclusão de que na sociedade francesa coexistem diferentes ideias de divórcio: *divorce pour faute* (por violação culposa dos deveres conjugais), *divorce pour rupture de la vie commune* (por separação de facto por período superior a 6 anos ou por alteração das faculdades mentais de tal forma grave que impeça a coabitação); *divorce par consentement mutuel sur demande conjointe* (requerido por ambos com acordos relativos à partilha, ao poder paternal, à pensão alimentar e à prestação compensatória); *divorce par consentement mutuel sur demande séparée ou acceptée*: requerido por

um deles, sem acordos. Todavia, no caso do divórcio por ruptura, a lei coloca à disposição do requerido duas possibilidades de defesa: um pedido reconvenicional baseado na culpa e a cláusula de dureza (*clause de dureté*), pela qual o juiz não decretará o divórcio se o cônjuge demandado alegar e provar que este terá para ele ou para os filhos consequências materiais ou morais excepcionalmente duras (arts. 240 e 241 do Código Civil)³¹,

2.1.2. Ausência de conflito nas áreas de intervenção legislativa e inadequação das opções legislativas às necessidades da dissociação familiar na sociedade portuguesa:

O legislador, antes de projectar revisões das leis vigentes, deve analisar se e em que medida a legislação existente, tal como é interpretada e aplicada pelos tribunais, serve para resolver a maior parte dos problemas³². Encontrando insuficiências de resposta, deve legislar na medida adequada a debelar essas insuficiências.

Ora, o Projecto-Lei que pretende alterar o regime do divórcio, no sentido exposto, não se funda em qualquer necessidade justificada e estudada de legislar nesta matéria, uma vez que não responde a qualquer conflito social ou judicial. O verdadeiro conflito social e

No direito francês, como se refere na nota seguinte, não desapareceu totalmente a possibilidade de invocação de um divórcio com base na culpa. Apesar da supressão total da culpa como causa do divórcio ter sido frequentemente proposta, é largamente contestada por parte de muitos sectores de opinião, mantendo que este procedimento teria ainda um carácter altamente simbólico, como sanção social das obrigações do casamento. *Vide* EVA DIAS COSTA, *Da relevância da Culpa nos Efeitos Patrimoniais do Divórcio*, Almedina, Janeiro de 2005, pág. 67.

³¹ *Vide*, quanto ao direito alemão, JOACHIM GERNHURBER, *Lehrbuch des Familiens und des Familienrechts*, 3ª edição, Munchen: C. H. Bech, 1980, págs. 303 ss, 310 ss, citado por EVA DIAS COSTA, *Da relevância da Culpa nos Efeitos Patrimoniais do Divórcio*, Almedina, Janeiro de 2005, pág. 59.

Vide EVA DIAS COSTA, *Da relevância da Culpa nos Efeitos Patrimoniais do Divórcio*, Almedina, Janeiro de 2005, pág. 65 e 66.

³² *Vide* HEINRICH EWALD HORSTER, in «Há necessidade de legislar em matéria de união de facto?», *Direito da Família e Política Social*, Porto, 2001, Publicações Universidade Católica Portuguesa, págs. 65 e 66, a propósito da discussão sobre a necessidade de legislar em sede da realidade da união de facto, defende «Resta saber, apenas, como e em que termos o legislador há-de agir. Para o efeito, e antes de avançar com novas leis, deve ser analisado se e em que medida a legislação existente, tal como ela é interpretada pelos tribunais, serve para resolver a maior parte dos problemas. Pois apenas na sua insuficiência novas leis são indicadas». e «Daí se pode concluir que existe uma vontade de legislar, não obstante a ausência de dados seguros e a falta de prova da insuficiência da legislação em vigor, porque existem objectivos e intenções ideológicos que são apresentados sob o rótulo de protecção social».

judicial existente não radica nos fundamentos e procedimentos de decretamento do divórcio, mas e apenas nas suas causas e consequências pessoais e patrimoniais³³.

De facto, no panorama da jurisdição de família e menores portuguesa as acções de divórcio litigioso são um número apenas residual em comparação aos divórcios por mútuo consentimento (iniciais ou convolados). A título exemplificativo: em 2001 decretaram-se 19 044 divórcios, sendo 16 551 por mútuo consentimento 2 349 litigiosos (1297 por violação dos deveres conjugais, 1014 por separação de facto, 126 por alteração superveniente das faculdades mentais)³⁴; em 2005 decretaram-se 21 853 divórcios, sendo 21 380 por mútuo consentimento e 1453 litigiosos (877 por violação culposa dos deveres conjugais, 505 por separação de facto, 70 por ausência, 1 por alteração das faculdades mentais, 20 por conversão da separação para divórcio)³⁵.

Por sua vez, no panorama do litígio da mesma jurisdição de família e menores, que os tribunais podem testemunhar e que qualquer estudo poderia investigar, as acções de divórcio litigioso não têm qualquer peso relevante em face de todas aquelas que lhe estão conexas ou que tiveram na dissociação familiar a sua única causa e fundamento, estudo este que o Estado deveria promover.

Registam-se aqui, no que se refere aos filhos menores, todas as acções tutelares cíveis de regulação e alteração da regulação do exercício do poder paternal e seus incidentes de incumprimentos (arts.174º ss, 182º, 181º do DL nº 314/78, de 27.10.) e as acções executivas especiais para cobrança de alimentos. A possibilidade de revisão sucessiva das decisões perante a alteração de circunstâncias (art.1411º do Código de Processo Civil) e a base comum de conflito e de incumprimento nestas matérias, podem envolver os pais em processos judiciais durante toda a menoridade dos filhos.

Registam-se, também, as acções especiais de inventários para separação de meações do património comum do casal (art.1404º do Código de Processo Civil); as acções especiais de alimentos a ex- cônjuges, seus pedidos de alteração e cessação

³³ Também não acautelados no regime vigente do divórcio litigioso, que discute a violação culposa dos deveres conjugais mas não responsabiliza os cônjuges relativamente às consequências do divórcio.

³⁴ Vide INE, *Estudos Demográficos 2001*, , citados por COSTA, EVA DIAS, *Da relevância da Culpa nos Efeitos Patrimoniais do Divórcio*, Almedina, Janeiro de 2005, pág. 28, nota 49.

³⁵ Vide INE, *Estudos Demográficos 2005*.

(arts.462º ss, 292º do Código de Processo Civil) e as respectivas acções executivas de alimentos (arts. 1118º ss do Código de Processo Civil); acções especiais de atribuição de casa de morada de família (art.1413º do Código de Processo Civil).

Ora, na panóplia desta rede processual exemplificativa, reflexo do enredo social que reflectem, não se pode reconhecer qualquer desajuste sério entre o pretendido pelas partes e o decidido pelos tribunais³⁶, nem qualquer oneração assinalável no julgamento e decretamento do divórcio litigioso em comparação com a oneração permanente, desgaste emocional e prejuízo económico decorrente da sucessiva instauração, preparação e julgamento das acções que deixaram litígios não resolvidos relativos à responsabilidade dos filhos e aos interesses pessoais ou patrimoniais lesados dos ex- cônjuges, causados ou acentuados com o divórcio.

Em suma, os problemas sociais vividos pelos cidadãos portugueses, e reflectidos nos tribunais, não se fundam nos fundamentos e procedimentos dos modelos de divórcio previstos na lei vigente. Esta discussão, quanto comparada com a realidade, reduz-se a um tema académico, incapaz de conviver com a vida.

Na verdade, estes problemas fundam-se nos conflitos gerados e multiplicados sucessivamente pela dissociação familiar e pela gestão das consequências. Nestes casos, a decisão judicial pode não ser suficiente para restaurar a injustiça sofrida e construir a paz.

As opções do Projecto-Lei acentuam o quadro de desprotecção da dissociação familiar: pelo aumento de conflito processual sobre as consequências do divórcio nas acções de divórcio com consentimento³⁷; pela denegação de defesa do cônjuge oponente

³⁶ A experiência casuística e empírica nos tribunais permite verificar que, nas acções de divórcio litigioso em que não se logra a convalidação em divórcio por mútuo consentimento, muitas vezes são as próprias partes que não estão dispostas a renunciar à verificação da violação dos deveres conjugais e à sua imputação censurável.

EVA DIAS COSTA, *Da relevância da Culpa nos Efeitos Patrimoniais do Divórcio*, Almedina, Janeiro de 2005, pág. 145, acaba por reconhecer, também, que, do ponto de vista académico, subsiste uma necessidade de conteúdo psicológico e moral de atribuição de culpas, não estando a própria sociedade, em geral, e os próprios cônjuges, em particular, dispostos a renunciar à noção de culpa, designadamente nos casos de violência doméstica.

³⁷ *Vide* este ponto 2.1. da Parte I e ponto 1.2.- 1.2.2. da Parte II desta exposição, respeitante à apreciação especial do diploma, no que se refere ao divórcio com consentimento e sem consentimento.

nas acções de divórcio sem consentimento³⁸; pela limitação do regime de alimentos do ex-cônjuge que viva em situação de carência grave causada pelo divórcio³⁹; pelo aumento de conflito decorrente da implementação de um regime de exercício conjunto de responsabilidades parentais, incompatível com a realidade portuguesa actual⁴⁰.

Neste quadro de desprotecção serão especialmente lesadas: as partes envolvidas, em situação de maior dependência económica⁴¹; as mulheres⁴², vítimas de maior taxa de desemprego, de maior precariedade de vínculos laborais, de menor qualificação profissional, de desigualdades salariais⁴³, de violência doméstica⁴⁴, oneradas

³⁸ *Vide* este ponto 2.1. da Parte I e ponto 1.2.- 1.2.2. da Parte II desta exposição, respeitante à apreciação especial do diploma, no que se refere ao divórcio com consentimento e sem consentimento.

³⁹ *Vide* ponto 3 da Parte II desta exposição, respeitante à apreciação especial do diploma, no que se refere ao regime de alimentos.

⁴⁰ *Vide* ponto 2.2. da Parte I e ponto 2.2. da Parte II desta exposição, relativa às responsabilidades parentais.

⁴¹ Repare-se que muitas das famílias divorciadas em Portugal continuam a viver na mesma casa, em situação de grande conflito familiar, por falta de condições económicas para lograr uma efectiva separação de casas e por pendências de processos de inventário para separação de meações a correr em tribunal. A independência económica dos cônjuges e a consequente liberdade de decisão, a que se refere o preâmbulo do Projecto-Lei, está longe de ser uma realidade estável na sociedade portuguesa.

⁴² *Vide* Estatísticas demográficas de 2005, INE- Em 2005, dos 22 853 divórcios, 5 972 incidiram em casamentos com duração superior a 20 anos; os divórcios abrangeram 5 827 mulheres com idade entre 40 a 49 anos, 2 398 com idade entre 50 e 59 anos, 773 com idades entre 60 e mais anos; os divórcios abrangeram 1 316 mulheres desempregadas, 1 638 não activas, 51 analfabetas, 179 com competências de leitura mas sem escola básica, 10 279 com ensino básico, 3 739 com ensino superior.

⁴³ *Vide* HELOÍSA PERISTA, *in* «Usos do Tempo, Ciclo de vida e Vivências de Velhice — uma perspectiva de género», *Ver.* 9 — *Direito da Infância, da Juventude e do Envelhecimento*, Centro de Direito da Família, Coimbra Editora, 2005, págs. 165 a 173. Elenca, como situações de desigualdade em função do género: Em 2003- a taxa de actividade feminina atinge os 46, 2% (INE, *Estatísticas de Emprego*); a taxa de desemprego feminina (7,3%) era superior à masculina (5,6%) em 1,7 pontos percentuais; são as mulheres as mais atingidas pela precariedade dos vínculos laborais — 23% mulheres e 19, 4% dos homens; têm uma qualificação inferior aos homens (12, 2% em relação a 16, 2%); em 2001, a taxa de analfabetismo era superior à dos homens (11, 5% mulheres para 6, 3% homens — INE, *XIV Recenseamento Geral da População*); em 2000, as desigualdades salariais entre mulheres e homens atingia um *gap* salarial de 22, 4%; nas tarefas domésticas e prestação de cuidados à família despendem cerca de sete horas diárias, ocupando mais três horas do dia do que os homens (INE, *Inquérito à Ocupação do Tempo 1999*); em 2003, 49% de mulheres têm pensão de velhice de regime geral, 73, 4% de mulheres têm pensão de velhice de regime social, 81, 8% de mulheres têm pensão de velhice de sobrevivência.

⁴⁴ *Vide Relatório Violência Doméstica 2000*, do Ministério para a Administração Interna, *Igualdade de Género*, Portugal 2002, CIDM, Lisboa, p.97, citado por MARIA CLARA SOTTOMAYOR, *Regulação do Exercício do Poder*

maioritariamente pela guarda dos filhos e pelas consequências da falta de assunção de responsabilidades do ex- cônjuge (não por efeito legal do regime mas por inobservância real das obrigações elementares)⁴⁵; os filhos menores, em consequência indirecta dos conflitos pessoais e patrimoniais pendentes entre os pais e em consequência directa da inexecução do regime das responsabilidades parentais⁴⁶.

Assim, impõe-se que o Estado promova a intervenção legislativa adequada a responder a estas necessidades da dissociação familiar, *maxime*, do divórcio. Para o efeito, seria muito conveniente estudar, *v.g.*, quantas vezes a mesma família recorre a tribunal para resolução de diferendos que tiveram nessa dissociação a sua causa, por que razões, qual o tempo de resolução do litígio e qual o nível de restauração da lesão.

2.2. Das responsabilidades parentais:

No Título III, Capítulo II, Secção II, Subsecção IV, respeitantes, respectivamente, à Filiação, Poder Paternal, Exercício do Poder Paternal, o legislador, como opções principais, com o intuito de responsabilizar ambos os pais pela partilha de cuidados relativamente aos seus filhos menores: altera a denominação de poder paternal para responsabilidades parentais, sem ter alterado o conteúdo deste poder- dever; introduz alterações de regime de regulação deste exercício, principalmente nos casos de divórcio, de separação judicial de pessoas e bens, de declaração de nulidade e de anulação de casamento, impondo um regime de exercício conjunto das responsabilidades parentais em questões de particular importância.

2.2.1. Manutenção do conteúdo do poder- dever e dos interesses da sua aplicação:

Paternal nos Casos de Divórcio, 4ª Edição Revista e Actualizada, Almedina, nota 17, pág.480. No ano de 2000 verificaram-se 11765 ocorrências criminais registadas pela PSP e pela GNR, salientando as autoras que na análise destes dados deve ter-se em conta que numerosos casos de violência conjugal não são objecto de queixa.

⁴⁵ *Vide Estatísticas da Justiça de Menores de 1999*, do Gabinete de Estudos e Planeamento do Ministério da Justiça, 1999, citadas por CLARA SOTTOMAYOR, *in ob.* citada, pág. 59: 90% dos menores encontram-se confiados às mães (em processos de regulação do exercício do poder paternal foram confiados ao pai 689 menores e foram confiados à mãe 6904 menores. Nestes processos 5 577 terminaram com sentença homologatória e 2017 com uma sentença reguladora).

⁴⁶ *Vide* ponto 2.2. da Parte I e ponto 2.2. da Parte II desta exposição, relativa às responsabilidades parentais.

A alteração de denominação de poder paternal para responsabilidades parentais corresponde à essência do conteúdo do poder-dever definido no regime vigente, não tocado pela alteração legislativa, e corresponde, também, à denominação predominante e corrente na doutrina e na jurisprudência⁴⁷.

Assim, apesar da adaptação da nomenclatura, esta não corresponde a qualquer inovação de conteúdo legal, com o conseqüente tratamento doutrinário e aplicação jurisprudencial.

De acordo com o regime vigente, as responsabilidades ou cuidado parental integram um conjunto de poderes-deveres, afectados à prossecução do desenvolvimento integral do filho (arts.1874º/1 e 1878º/1 do Código Civil), pelo qual cabe a cada um dos pais, no interesse exclusivo daquele, guardar a sua pessoa, manter com ele relações pessoais, assegurar a sua educação, sustento, representação legal e a administração dos seus bens (arts.1878º/1, 1881º e 1885º do Código Civil)⁴⁸.

Neste âmbito, a criança/menor é, por sua vez, titular de direitos reconhecidos pelo direito (arts.64º/2, 67º, 68º e 69º da Constituição da República Portuguesa), correspondentes às necessidades cuja satisfação se impõe para o seu bem-estar psicológico e cuja denegação coarcta o seu desenvolvimento e adequação social posterior, necessidades que constituem critérios pelos quais se afere a qualidade, competência e adequação dos pais (art.1905º/1 do Código Civil).

Assim, na definição e na repartição concreta das responsabilidades parentais devem atender-se prioritariamente aos interesses e direitos da criança e, sem segunda linha, aos demais interesses e direitos atendíveis (art. 4º- a) da LPCJP, aprovada pela Lei nº 147/99, de 1 de Setembro, *ex vi* do art. 147º-A do DL nº 314/78, de 27 de Outubro, art.1905º/2 do Código Civil e 180º/1 do DL nº 314/78, de 27 de Outubro).

Este interesse da criança constitui um critério essencial de decisão, cujo conteúdo e extensão carecem de um preenchimento reconduzível a critérios objectivos. Tem-se entendido que estes critérios devem: respeitar o princípio de igualdade dos pais; promover

⁴⁷ *Vide* MARIA CLARA SOTTOMAYOR, *Regulação do Exercício do Poder Paternal nos Casos de Divórcio*, 4ª Edição Revista e Actualizada, Almedina, págs.17 ss.

⁴⁸ *Vide* ARMANDO LEANDRO, «Poder Paternal: natureza, conteúdo, exercício e limitação. Algumas reflexões de prática judiciária», *Temas de Direito da Família*, págs. 117 e 118.

a repartição das responsabilidades parentais mediante a adesão interna redutora dos conflitos; a atender aos direitos da criança e às suas escolhas preferenciais; respeitar a autonomia da família, em conformidade com o princípio da intervenção mínima; mostrar-se exequíveis e de aplicação ágil e fácil (art.4º/a), d) e f) da LPPCJP, *ex vi* do art.147º-A do DL nº314/78, de 27.10.).

É de acordo com este interesse que a doutrina e a jurisprudência têm maioritariamente defendido, no âmbito da definição da guarda, que a decisão sobre a escolha do progenitor a quem a criança deve ser confiada ou sob cuja guarda deve ser colocada deve ser iluminada pelo critério da continuidade das relações da criança e o critério da figura primária de referência⁴⁹ e que, ao progenitor a quem não seja confiada a guarda assiste o direito de vigilância (art.1906º/1 e 4 do Código Civil)⁵⁰ e um direito de acesso ou visita, que lhe permita relacionar-se e conviver com o filho.

A estes direitos dos pais correspondem os interesses da criança, designadamente, o direito do menor estabelecer, reatar ou manter uma relação directa e contínua com o progenitor a quem não foi confiado⁵¹.

Devendo este direito ser exercido no interesse da criança⁵², verdadeiro beneficiário do direito de visita, ao abrigo da aplicação do regime vigente já se impunha: ao titular da guarda as obrigações de não interferir nas relações do filho com o progenitor que não tem a guarda do menor e a de facilitar, activamente, o direito de contacto e de relacionamento

⁴⁹ *Vide* MARIA CLARA SOTTOMAYOR, *Exercício do Poder Paternal*, Porto, 2003, Publicações Universidade Católica Portuguesa, págs. 155 a 158 e *Família e Política Social*. Tem-se defendido que a guarda da criança deve ser atribuída ao progenitor que dela cuida e educa, de forma exclusiva ou predominante, e que constitui a sua figura elementar de referência imediata, de forma a preservar a continuidade das suas relações afectivas privilegiadas e a promover a estabilidade da sua vida, já sujeita à tensão da dissociação parental.

⁵⁰ Compreende, no seu conteúdo, um poder de controlo, quer relativamente à pessoa do filho quer em relação ao progenitor que detém a guarda e tem por fim assegurar que este último desempenhe adequadamente a sua função e que as decisões tomadas referentes à criança sejam conformes aos seus interesses.

⁵¹ Originariamente, o direito de visita compreendia apenas a possibilidade de o progenitor que não tinha a guarda ver a criança na sua residência, de a receber no domicílio do visitante ou de sair com ela, para qualquer local à sua escolha, por curtos períodos de tempo. Todavia, o direito de visita, actualmente, assume um sentido mais amplo, incluindo também o direito de alojamento ou de estadias prolongadas no tempo e o direito de estabelecer contactos através de qualquer forma de comunicação (por escrito, telefónica ou electrónica, etc.).

⁵² *Vide* ANTUNES VARELA, *Direito da Família*, 5ª ed., vol. I, págs. 79 e 80.

prolongado; ao progenitor a quem o menor não está confiado o dever de se relacionar pessoal e presencialmente com o filho.

Por sua vez, no regime também intocado, cada um dos pais está adstrito ao dever de, segundo as suas possibilidades, alimentar o filho, provendo ao seu sustento⁵³ e assumindo as despesas relativas à sua segurança, saúde e educação (arts.36º/3 da Constituição da República Portuguesa, 1874º/1 e 1878º/1 do Código Civil). Na relação jurídica de filiação, geradora desta obrigação de alimentos, com regime de responsabilidade por conjunção, o filho assume a posição de credor e os pais a posição de devedores (*vide* arts.1878º/1, 2003º e 2004º do Código Civil). Os alimentos devem ser proporcionados à necessidade daquele que houver que recebê-los⁵⁴ e aos meios daquele que houver que prestá-los (*vide* art.2004º do Código Civil)⁵⁵.

Em todo este regime, tem-se defendido na doutrina e na jurisprudência que os pais devem assumir as suas responsabilidades específicas e repartidas, de forma a evitar que a

⁵³ *Vide* MOITINHO DE ALMEIDA, *Sciencia Juridica*, XVI, pág. 269, no sentido da amplitude da palavra sustento e da atribuição de carácter exemplificativo ao disposto na lei, devendo considerar-se como alimentos tudo o que é indispensável à satisfação das necessidades da vida, segundo a situação social do alimentando.

⁵⁴ As necessidades do menor correspondem às carências fundamentais para o desenvolvimento integral da sua vida, de harmonia com a sua condição, reportada ao nível de vida da família antes da extinção do vínculo conjugal ou da separação dos pais (salvo se este se encontrava acima da capacidade dos pais), necessidades estas a apreciar de forma actualista, tendo em conta o momento do cumprimento da prestação alimentar. *Vide* MOITINHO DE ALMEIDA, Os Alimentos no Código Civil de 1966, ROA, 68.

⁵⁵ As possibilidades do(s) obrigado(s) devem aferir-se de acordo:

a) com o seu património,

b) com a sua capacidade de trabalho, uma vez que deve tomar-se em linha de conta os recursos que o devedor poderia obter com o seu trabalho, por não lhe assistir o direito de se manter ocioso para se subtrair à obrigação alimentar. Assim, *v.g.*, a situação de desemprego, que o devedor não demonstre não ser-lhe imputável, não o dispensa de cumprir a sua obrigação de alimentos, devendo imputar-se-lhe rendimentos de harmonia com a sua capacidade de ganho;

c) com os rendimentos da sua massa patrimonial, aferíveis pelas receitas (todo e qualquer provento, designadamente o salário e ainda qualquer outra receita, ainda que de carácter eventual, tais como gratificações, comissões, subsídios, emolumentos, subsídios de férias e de Natal, deduzidas das despesas do obrigado impassíveis de compressão, correspondentes às necessidades básicas essenciais do obrigado, nas quais não cabem os gastos ostentatórios ou sumptuários, os afectados à satisfação de necessidades marginais ou secundárias, os superiores à sua capacidade financeira.

sua separação afecte a estruturação da personalidade da criança e o seu desenvolvimento saudável. Porém, esta execução da regulação das responsabilidades parentais exige a observância da condição essencial do reconhecimento por cada um dos pais da parentalidade do outro.

2.2.2. Desnecessidade e inadequação da imposição do regime de exercício conjunto das responsabilidades parentais, em caso de divórcio, separação judicial de pessoas e bens, declaração de nulidade e anulação:

É neste quadro de conteúdo e princípios substantivamente adequados, referido em 2.2.1. supra, que o legislador prevê a imposição do regime do exercício conjunto das responsabilidades parentais em questões de particular importância, com o desiderato de alcançar a repartição das responsabilidades dos pais relativamente aos filhos e de evitar que a separação dos pais os afecte.

Todavia, não existe necessidade de definir este regime para promover as responsabilidades parentais em casos de dissociação familiar, nem do ponto de vista da insuficiência conceptual, nem do ponto de vista das necessidades sociais.

Como se disse em 2.1.2 supra, o legislador, antes de projectar revisões das leis vigentes, deve analisar se e em que medida a legislação existente, tal como é interpretada e aplicada pelos tribunais, serve para resolver a maior parte dos problemas. E, apenas encontrando insuficiências de resposta, deve legislar na medida adequada a debelar a essas insuficiências.

A imposição do regime do exercício conjunto das responsabilidades parentais em questões de particular importância, em caso de divórcio, de separação judicial de pessoas e bens e de declaração de nulidade e de anulação⁵⁶, com o desiderato de alcançar a repartição das responsabilidades dos pais relativamente aos filhos e de evitar que a separação dos pais os afecte não constitui qualquer novidade em caso de acordo entre os

⁵⁶ *Vide* MARIA CLARA SOTTOMAYOR, *Exercício do Poder Paternal*, Publicações da Universidade Católica Portuguesa, Porto, 2003, fls.424 ss. Sobre os modelos de regime de exercício do poder paternal conjunto: Mediante acordo dos pais homologado judicialmente ou pelo Ministério Público; como opção Judicial, independente do desejo dos pais; como princípio-regra após o divórcio, constituindo o exercício unilateral uma solução excepcional a ser decretada a pedido de um ou de ambos os pais, se existirem motivos que a isso o conduzam.

pais e não se funda em qualquer necessidade justificada e estudada de legislar nesta matéria, em caso de desacordo de ambos os pais.

A- Desnecessidade:

O regime vigente, aplicado nas acções tutelares cíveis que correm nos tribunais de família e menores, permitem a colocação da criança e a definição do regime de exercício das responsabilidades parentais de forma adequada aos seus interesses.

A1. Mediante acordo dos pais, e verificados que estão os interesses da criança, esta é colocada:

a) sob a guarda do progenitor acordado entre os pais, com exercício singular do poder paternal, com vigilância e controlo do outro, ou

b) sob a guarda do progenitor acordado entre os pais, com exercício conjunto do poder paternal entre ambos os pais, caracterizado pelas decisões conjuntas sobre o conteúdo do poder-dever que a lei confere em benefício e no interesse dos filhos;

A2. Mediante decisão judicial de mérito, em caso de desacordo de ambos os pais sobre este segmento, a criança é colocada à guarda do progenitor cuja prova fáctica tiver garantido que é aquele que tem com esta uma relação de maior estabilidade e vinculação, nomeadamente pela prova da prestação quotidiana, ininterrupta e persistente dos cuidados de que depende o seu são desenvolvimento e equilíbrio emocional, que exercerá a titularidade das responsabilidades parentais, com o direito de vigilância, opinião, contactos do outro progenitor.

Então, neste sede, não se vê qualquer insuficiência. Em caso de ajustado acordo entre os pais, de verdadeira demonstração de cooperação, a lei permite e os tribunais aplicam o regime da guarda e do exercício do poder paternal conjunto. Em caso de desacordo, que a lei presume como incapacidade de execução do regime (que poderia ser desejável nos princípios mas muito indesejável na realidade, em face da falta de cooperação dos pais e da discórdia permanente sobre as decisões da vida da criança), os tribunais confiam a criança e o exercício do poder paternal ao progenitor que, através dos factos apurados, puder assegurar melhor os seus interesses.

B- Inadequação à realidade social:

Tendo este pressuposto empírico da aplicação da lei (e que nenhum estudo infirmou na motivação do Projecto-Lei), importa averiguar a incidência social do regime na sociedade portuguesa e as repercussões da sua aplicação, para averiguar se as insuficiências de aplicação do regime implicam a alteração da lei no sentido definido no Projecto-Lei.

B1. Situações de guarda singular e de exercício singular das responsabilidades parentais:

Maioritariamente as crianças são confiadas à guarda e cuidados da mãe (90% em 1999)⁵⁷, a quem fica a incumbir o exercício do poder paternal, em resultado de homologação de acordo de regulação entre ambos os pais (obtido sem qualquer dissenso e/ou sem manifestação de vontade do outro progenitor em assumir uma responsabilidade alternativa relativamente ao filho) ou definido em sentença de mérito, em resultado da prova que a prestação quotidiana, ininterrupta e persistente de prestação de cuidados tem sido feita pela mãe, e que esta se revela a figura de referência da criança.

Nestes casos de confiança da guarda à mãe e de exercício singular do poder paternal/responsabilidades parentais, em que cabem ao outro progenitor os deveres básicos de vigilância, de contactos e de contributo para alimentos, sem poder decisório, são normais as queixas dos filhos menores e do progenitor guardião do desinteresse e da falta de exercício do dever de vigilância, e correm sucessivos incidentes de incumprimento de regulação do exercício do poder paternal, quer pela violação do regime no segmento da contribuição da prestação de alimentos, quer na execução do regime de contactos.

B.1.1. Incidentes de incumprimento da regulação das responsabilidades parentais, no segmento do regime de alimentos:

Os incidentes de incumprimento fundados na falta de pagamento das pensões mensais de alimentos, deduzidos pela titular da guarda ou pelo Ministério Público em

⁵⁷ Vide, designadamente, *Estatísticas da Justiça de Menores de 1999*, do Gabinete de Estudos e Planeamento do Ministério da Justiça, 1999, citadas por CLARA SOTTOMAYOR, *in* ob. citada, pág. 59: 90% dos menores encontram-se confiados às mães (em processos de regulação do exercício do poder paternal, foram confiados ao pai 689 menores e foram confiados à mãe 6904 menores; 5577 destes processos terminaram com sentença homologatória e 2017 com uma sentença reguladora).

representação do menor, são, em grande maioria, inviáveis, por falta de apuramento de rendimentos passíveis de desconto coercivo, definidos pela lei como salários, vencimentos, pensões, subsídios, comissões, percentagens, emolumentos, gratificações, participações ou rendimentos semelhantes (arts. 181º e 189º do DL n.º314/78, de 27.10.).

Assiste-se aqui, em grande escala, às elementares fugas de responsabilidade que a legislação não prevê nem sanciona: não há mecanismos de coerção quando os rendimentos do devedor provêm de actividade independente; o trabalho dependente é dificilmente investigado em situações de falta de pagamento das contribuições sociais obrigatórias e obrigações fiscais; nos casos em que se logrou obter prova da titularidade de rendimentos e ordenar às entidades patronais a realização dos descontos coercivos, é normal estes descontos venham a frustrar-se imediatamente por desemprego subsequente do devedor.

Este quadro de frustração de coerção, por sua vez, não é compensado pela eficácia de uma acção executiva que proceda à penhora de todos e quaisquer bens para pagamento coercivo das quantias não pagas. De facto, os custos e os bloqueios variados da acção executiva, gerida maioritariamente fora dos tribunais, desencorajam um credor de alimentos a optar por esta via de coerção⁵⁸.

Desta situação, são naturalmente vítimas, os titulares da guarda, maioritariamente as mulheres, como se disse, e as crianças.

B.1.2. Incidentes de incumprimento da regulação das responsabilidades parentais, no segmento do regime de contactos:

São instaurados, também, incidentes de incumprimento da regulação do exercício do poder paternal, no segmento do regime de contactos, pelas mais variadas razões — recusas ou atrasos dos progenitor não guardião em contactar os filhos; recusas das crianças em ver os pais; falta de promoção de contactos pelo progenitor guardião.

⁵⁸ No tribunal de família e menores de Lisboa estão pendentes poucas acções executivas e, entre as que existem, os resultados normais são de insatisfação coerciva dos créditos a alimentos.

Nestes incidentes, é quadro normal o conflito entre os pais⁵⁹, o manifesto desinteresse de um dos pais em relação aos filhos, o sofrimento dos filhos na relação com os pais⁶⁰.

Ora, os incumprimentos causados pelo comportamento do próprio progenitor não guardião não permitem a execução coerciva dos contactos em benefício da criança (os tribunais não ordenam conduções coercivas dos pais para estar com os filhos nem conduções coercivas dos filhos para estar com os pais que dos mesmos não se interessam, tendo em conta a manifesta desadequação desta execução em face do regime que se pretende obter; os tribunais não podem obrigar os pais, por se tratar de acto infungível, a telefonar aos filhos, a fazer-se presentes de todas as formas possíveis. A condenação em multa de € 249, 40, prevista por lei, é insignificante para constituir qualquer advertência (art.181º do DL nº314/78, de 27.10.).

Os incumprimentos causados pelo comportamento do progenitor guardião permitem a execução coerciva da entrega da criança ao outro progenitor para o exercício do direito de visita. Todavia, apesar de existirem situações limite em que aquele recusa a

⁵⁹ Vide HELENA AFONSO E MANUELA CALHEIROS, «Relação parental na situação de divórcio-separação conjugal», *Psicologia*, 1992, Vol. VIII, 2, págs. 203-210, citada por MARIA CLARA SOTTOMAYOR, *in* ob. citada, págs. 460 a 461: em estudo sobre 95 progenitores (24 homens e 71 mulheres): 72 mantêm relação com ex-cônjuge e 23 não; nos que mantêm contacto a média de encontros é 1 vez por mês durante 15 minutos; o contacto com os filhos é metade do mantido com o ex-cônjuge; a relação com o outro cônjuge é quantificada por uma média de 3.6. em 7; perduram na relação com o outro ex-cônjuge sentimentos de ofensa, ressentimento, perda, desgosto, irritação.

⁶⁰ Vide MARIA DA CONCEIÇÃO TABORDA SIMÕES/ MARIA DO ROSÁRIO ATAÍDE SOUSA, *Conflito Parental e Regulação do Exercício do Poder Paternal: Da perspectiva Jurídica à intervenção psicológica*, *Psychologica*, 2001, 26, págs. 233 a 259, *maxime* p.252, citada por MARIA CLARA SOTTOMAYOR, *in* ob. citada, págs.450 e 451. Enumera como consequências do conflito parental para os filhos: 26% de recusa de contacto com o progenitor não residente; 54% de acusação a um ou a outro progenitor; 16% de revolta face à situação existente; 12% de desejo expresso de separação dos pais; 76% de esperança da reconciliação dos pais; 67% de preferência explícita por um dos pais; 27% de quebra de rendimento, dificuldades de aprendizagem e insucesso escolar; 37% de tendência para isolamento, tristezas prolongadas, choro sem razão aparente e medos com ou sem objectivo definido; 12% de manifestações de ansiedade com a aproximação do dia da visita e angústia da separação do progenitor residente; 5% de febres, dores abdominais e vômitos sem causa orgânica; 7% de alterações de sono, com insónias e pesadelos; 8% de enurese nocturna; 26% de acesso de cólera, agitação motora excessiva e comportamentos agressivos; 11% de desobediência persistente, mentiras e pequenos furtos; 3% de fugas à escola.

este o acesso ao filho, que vem a ser julgada não justificada pelo comportamento deste ou da criança, e que não é resolvida pela conciliação do tribunal ou pela intervenção de serviços de apoio psicológico à resolução de conflitos, não se pode deixar de entender que estes casos não são frequentes. Frequentemente estas invocações de recusa devem-se comprovadamente aos sofrimentos e recusas da criança, à onerosa comunicação entre os pais (de difícil imputação causal na execução do regime), a comportamentos do próprio titular do direito de visita em face dos cuidados devidos à criança e aos seus interesses⁶¹.

O apuramento e o tratamento das causas do incumprimento podem exigir a intervenção dos serviços na área da psicologia ou medicina (arts.568º ss do Código de Processo Civil, arts.150º e 161º do DL nº314/78, de 27.10) ou a intervenção dos serviços de mediação familiar (art.147º-D do DL nº314/78, de 27.10.). Porém, atendendo, *v.g.*, aos valores das perícias, com pagamentos prévios de preparos pelos requerentes (arts.43º a 46º, em referência ao art.32º/c) do Código das Custas Judiciais), aos custos da intervenção extrajudicial dos serviços de mediação familiar, à demora na realização das avaliações médico-legais (habitualmente com resposta não inferior a 6 meses e muitas vezes com resposta em prazo superior a 18 meses), o apuramento e o tratamento exigíveis são em grande medida frustrados.

Ora, neste quadro de execução de regime, manifestamente marcado pela cultura desresponsabilizante do exercício das funções dos pais e pelas lesões e sofrimentos causados pela dissociação das famílias (e não determinado pelo modelo de guarda e exercício singular) e não apoiado de forma eficaz pelos custos dos serviços médicos, psicológicos e de mediação familiar e pelas demoras das perícias médico- legais, percebe-se mal a resposta legislativa da implementação obrigatória de um regime de responsabilidades conjuntas em questões de particular importância e em caso de desacordo dos pais.

⁶¹ Nestes casos, temos as situações mais diversas: as queixas das crianças depois de estarem com os pais, manifestadas em casa, na escola ou com pessoas próximas, que levam a imputações de abuso sexual ou agressão pelos titulares da guarda; a toxicod dependência ou alcoolismo dos pais, denotada muitas vezes na altura da entrega das crianças, e que leva à recusa da entrega; a omissão de cuidados detectada aquando da entrega e que vem a justificar a sua recusa — o progenitor não guardião quer fazer deslocar a criança em motociclo sem capacete e em veículo automóvel sem cadeira; vem buscar a criança quando esta está doente ou a dormir; etc.

O quadro de insuficiência de assunção de responsabilidades pelo progenitor não guardião (no regime de alimentos e no regime de contactos, quer quando se recusa a estar com os filhos, quer quando o seu abandono, desinteresse ou falta de cuidados lhes causou sofrimentos ou lhes causa perigos limitadores dos contactos) e o quadro da incapacidade ou difícil convivência entre os progenitores não suportam a imposição de um regime de decisão obrigatória conjunta de assuntos de particular importância, naturalmente inexecutável.

Este quadro tem uma meta de superação a longo prazo. Esta passa sobretudo pelo desenvolvimento e sedimentação de uma cultura da responsabilidade dos pais entre si (onde se integram também as políticas da promoção das famílias⁶², designadamente da estabilidade do casamento⁶³) e dos pais para com os filhos, já consignada no actual sistema.

A curto e médio prazo passará necessariamente pela criação de mecanismos de coerção da inobservância das responsabilidades básicas incumpridas (designadamente, passará pela revisão da acção executiva, que elimine os notórios bloqueios a que chegou), pela responsabilização criminal em caso da falta de pagamento de alimentos⁶⁴, pela

⁶² Vide SÍLVIA PORTUGAL, «Família e Política Social em Portugal», *Direito da Família e Política Social*, Porto, 2001, Publicações Universidade Católica Portuguesa, págs. 22 ss. «O debate levantado pela crise do Estado-Providência nas sociedades ocidentais levou à (re)descoberta da Sociedade-Providência, ou seja, a ideia que as redes informais de solidariedade e, sobretudo, a família, são um elemento importante no apoio social e, portanto, a ter em conta quando se trata de discutir a produção total do bem-estar numa sociedade.

A “questão familiar” deixa de ser uma questão sectorial na análise da protecção social, considerada quando se fala de medidas estatais para proteger os indivíduos e as famílias ou de políticas de família e passa a ser uma questão fundamental relativamente à atribuição e repartição de competências na provisão do bem-estar entre o público e o privado (Martin, 1996). A “questão familiar” passa (ou melhor, volta) a estar no centro da “questão social” (Déchaux, 1996)».

⁶³ Vide MARIA CLARA SOTTOMAYOR, *Exercício do Poder Paternal*, Publicações da Universidade Católica Portuguesa, Porto, 2003, «É impossível ignorar que o divórcio traz inevitavelmente danos para a família e para a sociedade (...) O divórcio faz surgir, no caso das relações parentais conflituosas, um valor novo: proteger a criança do conflito dos pais. (...) A relação da criança com o progenitor que cuida dela no dia-a-dia é o factor mais importante para o bem-estar da criança quando os pais vivem separados» (págs. 492 e 493).

⁶⁴ É necessário clarificar a previsão do crime de desobediência previsto no projecto, sob pena de poder não vir a abranger o incumprimento da obrigação alimentar.

dotação de serviços médicos e de mediação eficazes, pelo ajustamento dos custos destes serviços.

B2. Situações de exercício conjunto da regulação das responsabilidades parentais:

Excepcionalmente, as crianças são confiadas a um dos pais, com a definição de um exercício conjunto de poder paternal/responsabilidades parentais.

Todavia, estes casos são residuais e muitos excepcionais, habitualmente coincidentes com pais em situação social, profissional e cultural superior.

Não são residuais e excepcionais porque os tribunais de família e menores desejem, mas porque a realidade portuguesa actual não os comporta, e o seu decretamento implicaria a maior desprotecção das crianças, as titulares prioritárias do direito de protecção e promoção.

Por um lado, poucos pais acordam no exercício do poder paternal conjunto, por falta manifesta de condições para manter a comunicação e ultrapassar os seus interesses e as suas divisões inter- pessoais em favor dos filhos.

Por outro lado, quando acordam sobre este exercício conjunto, maioritariamente não têm informações sobre o que significa ou não têm condições efectivas para o executar e cumprir.

Nestes casos, quando têm acesso à informação que o exercício conjunto implica a decisão acordada sobre as questões relevantes para a educação, segurança, saúde, desenvolvimento integral do filho, que se presume nos actos da vida corrente mas não se presume nas questões de particular importância, habitualmente o progenitor que tem a guarda da criança revoga o acordo, por não pretender ficar dependente do outro para tomar as decisões que se vierem reputar de especial relevância para a vida do filho, em situações de alheamento deste e de falta manifesta de condições para uma comunicação e um acordo estável entre ambos.

Noutros casos, apesar de o progenitor não guardião pretender o exercício conjunto do poder paternal, como contrapartida da aceitação da guarda do outro, é verificável na imediação das conferências a falta manifesta de condições para que o exercício do poder paternal conjunto possa ser executado em benefício do filho. Esta falta de condições revela-se na longa negociação de todos os aspectos dos regimes de

contactos e dos contributos de alimentos, nas discórdias difíceis de obter consensos, na frieza e/ou violência de trato entre os pais, na incapacidade de cedência em relação a propostas alternativas em benefício do filho, na imputação recíproca das falhas, dos erros e dos fracassos, por acção ou por omissão. Nestes casos, naturalmente, os pais são dissuadidos judicialmente de manter o acordo ou a pretensão de acordo de um regime conjunto de exercício do poder paternal, sob pena de não homologação.

Os casos em que o acordo do exercício do poder paternal é homologado, dividem-se entre aqueles de sucesso (excepcionalíssimos dentro da situação especial já referida) daqueles em que o exercício do poder paternal conjunto não é de execução possível.

Nestas situações, a que os tribunais têm acesso, são frequentes as acções especiais em que um dos progenitores vem pedir a resolução do diferendo que ambos não conseguiram resolver (art. 184º do DL nº314/78, de 27.10.), designadamente, a escolha de estabelecimento de ensino particular, entre estabelecimentos com orientações diversas, à submissão a um tratamento e intervenção médica.

São frequentes, também, as alterações da regulação do exercício do poder paternal (art. 182º, em referência aos arts. 174º ss do DL nº314/78, de 27.10.), fundadas em incumprimentos e desajustes de cumprimento, que implicam que o tribunal deva decidir, em benefício do filho menor, e depois do apuramento dos factos que possam vir a preencher o seu superior interesse, qual o progenitor a quem deve ser confiado e que deve exercer o poder paternal.

Nestas situações de profunda dificuldade de execução do regime de exercício do poder paternal conjunto, evidenciado mesmo nas situações especiais em que houve acordo inicial dos pais, percebe-se mal, também, que o legislador queira impor um exercício conjunto de responsabilidades parentais em questões de particular importância, sem esse acordo, presuntivamente indiciador de falta de condições de exercício.

E percebe-se, pior ainda, que o legislador no preâmbulo declare que *«Dá-se por assente que o exercício conjunto das responsabilidades parentais mantém os dois progenitores comprometidos com o crescimento do filho; afirma-se que está em causa um interesse público que cabe ao Estado promover, em vez de o deixar ao livre acordo dos pais»* e que *«Pretende-se que o regime seja praticável (...) e para que isso aconteça pode ser vantajoso não forçar contactos frequentes entre os*

progenitores. Assim se poderá superar o argumento tradicional de que os pais divorciados não conseguem exercer em conjunto as responsabilidades parentais».

O legislador não pode dar por assente um princípio que apenas na realidade de cada facto e situação se pode demonstrar, apenas para justificar o ideal a equiparação do divórcio ao casamento no exercício da parentalidade. E não pode porque está a lesar os interesses e a protecção da criança, a primeira vítima do desacordo dos pais, e que o Estado deve proteger acima das ideias. Acaba por lesar o pai ou a mãe que residem e cuidam da criança, e que podem ficar bloqueados na decisão pela ausência, ingerência, subjectividade do outro progenitor não colaborante.

E não pode fundamentar esta imposição de um regime regra de decisão conjunta, aconselhando contraditoriamente que se evitem contactos frequentes entre os progenitores (certamente, por dar por assente, neste caso correctamente, que estes não têm condições para comunicar com a estabilidade e a isenção necessária que a vida do filho exige). Não há possibilidade de exercício harmonioso de um regime de exercício conjunto do poder paternal, sem capacidade de comunicação, de superação, de renúncia⁶⁵.

⁶⁵ Vide MARIA CLARA SOTTOMAYOR, *Exercício do Poder Paternal*, Publicações da Universidade Católica Portuguesa, Porto, 2003, fls.415 ss. Elenca os critérios que a doutrina e a jurisprudência têm vindo a defender para julgar ajustado um regime de guarda conjunta (física e legal), justificados pela necessidade de assegurar à criança estabilidade e segurança, evitando que esta se torne vítima dos conflitos dos pais:

a) para a doutrina: capacidade de cooperação entre ambos os pais, concretizada no acordo; capacidade educativa de ambos os pais; relação afectiva sólida entre filhos e ambos os pais; a capacidade de avaliação do interesse da criança (as suas necessidades, o seu grau de desenvolvimento, a sua opinião, etc.); capacidade para por de parte diferendos pessoais para atingir decisões em relação à criança; dar prioridade às necessidades dos seus filhos; aceitar a necessidade de uma relação próxima da criança com o outro progenitor para o seu bem-estar, respeito e confiança um no outro; nível razoável de comunicação e vontade de cooperar.

b) para a jurisprudência: identidade de estilos de vida e de valores; capacidade de acordar num programa educativo quanto à saúde, disciplina, religião, tratamentos médicos e estabelecimento de ensino; proximidade de residências; semelhança de ambientes das residências; flexibilidade de horários de trabalho dos pais; recursos financeiros para manter duas casas separadas com condições para acolher a criança; condições relativas à idade e às crianças envolvidas; acordo dos pais quanto ao exercício conjunto (por garantia de acordos futuros).

Conclui a autora que o pedido da guarda conjunta só deve ser considerado quando reflectir preocupação e afecto pelos filhos, traduzido em empenho real na educação destes e no respeito pela vontade do filho.

E não se refira que esta imposição está limitada a questões de particular importância e que o juiz tem as condições excepcionais de não determinar o regime regra, em caso de desajuste com os interesses da criança.

Ora, existindo este regime regra, em caso de desacordo dos pais o tribunal deverá prosseguir com o processo de regulação das responsabilidades parentais para as fases de alegações, produção de prova e julgamento, para apuramento das condições de exercício conjunto nas matérias de particular importância, relegando-se para uma decisão final de mérito aquilo que já se poderia ter obtido em conferência de pais, mediante a impossibilidade legal de homologar o regime em caso de desacordo de ambos.

A falta de comunicação e acordo dos pais implicará a discussão em cada incidente de incumprimento deduzido por um contra o outro (art.181º do DL nº314/78, de 27.10.): se a questão decidida unilateralmente ou não decidida por frustração de acordo seria de particular importância ou acto de vida corrente; sendo de particular importância, se o progenitor que agiu o fez em situação de urgência ou de falta de urgência; no caso de ser acto de vida corrente, se viola ou não as orientações educativas mais relevantes decididas pelo progenitor que tem a guarda do menor; se as orientações educativas mais relevantes do progenitor que reside com o filho não consubstanciam, afinal, uma orientação que deveria ter sido decidida em conjunto.

Impor a obrigação de um regime de difícil execução (pelas condições dos pais e pelos termos da definição legal) e paralelamente tipificar o seu incumprimento como crime de desobediência criminal (art.1777º-A/4 do Projecto- Lei) pode gerar profundos desequilíbrios familiares e sociais, com lesões irreversíveis. A tipificação do crime de desobediência deve assentar na certeza dos pressupostos do regime e na capacidade pessoal e cultural das partes para o observar.

Assim, apesar de o legislador pretender proteger o direito da criança a relacionar-se com ambos os pais, promover a igualdade de direitos entre ambos os pais e desdramatizar a ruptura dos laços conjugais, pela manutenção de uma relação de cooperação relativamente às pessoas dos filhos, cremos que a leitura atenta da realidade aponta para um absoluto malefício da imposição de um regime imperativo de exercício conjunto das

responsabilidades parentais, em todas as questões de particular importância, sem o acordo dos pais⁶⁶, com especial gravidade nas situações de violência doméstica^{67 68}.

⁶⁶ Vide MARIA CLARA SOTTOMAYOR, *Exercício do Poder Paternal*, Publicações da Universidade Católica Portuguesa, Porto, 2003, fls. 431 ss. Elenca o conjunto de argumentos defendidos em favor e em desfavor da guarda conjunta (física e legal):

— Vantagens: permitir o contacto com ambos os pais, evitando sentimentos de luto e abandono ligados ao divórcio; permitir passar mais tempo com ambos os pais, com mais consistência e profundidade do que o regime de visitas tradicional, tal como com os seus familiares; aumento do grau de satisfação dos pais; reforço dos poderes deveres de cada um dos pais; a partilha das responsabilidades que evita a fadiga psicológica da mãe, quando é a única a exercer o poder paternal em caso de tenra idade; a igualização dos direitos e responsabilidades diminui a conflitualidade e encoraja a cooperação entre os pais ou, ainda que subsista durante algum tempo, tende a desaparecer, adaptando-se à nova situação; evitar a dificuldade de o tribunal ter que escolher entre os dois progenitores.

— Desvantagens:

a) relativamente à guarda conjunta em geral: quando envolve alternância da residência implica para a criança grande instabilidade, sensações de ansiedade e de insegurança; quando a criança reside com um dos pais existe um risco de discórdia entre estes quanto às decisões a tomar, que poderá provocar perturbações psicológicas na criança; o contacto com ambos os pais é susceptível de gerar na maior parte das crianças conflitos de lealdade, pode torná-las vítimas de tentativas de manipulação dos pais e expõe-nas a diferentes modelos de educação e estilos de vida; esta convivência pode gerar fantasias na criança quanto à possibilidade de reconciliação dos pais; provoca desentendimentos e conflitos em torno da criança, constituindo um obstáculo ao divórcio psicológico; agrava a situação económica dos cônjuges no caso em que a guarda conjunta é física, pois implica a manutenção de duas casas com um ambiente adequado à estadia prolongada da criança; fortalece a posição do pai, conferindo-lhe direitos sem as correspondentes responsabilidades pelo cuidado quotidiano da criança e enfraquece a posição da mãe que, para além de assumir sozinha o cuidado diário da criança, está sujeita a interferências do ex-cônjuge (crítica feminista às situações de guarda individual materna e ao exercício conjunto); pode ser um escape judicial, que evite decidir o que é o melhor para a criança; torna excessivamente demoradas as decisões (defesa dos autores alemães) para um exame rigoroso dos factos para que o acordo possa ser confirmado; causa uma sobrecarga do trabalho para o sistema judicial, com dispêndio de tempo e de custos, atenta a alta modificabilidade destas decisões; causa pressão psicológica do progenitor que se opõe à guarda conjunta, que acaba por ceder para não ser o seu comportamento mal visto e nem lhe vir sequer a ser concedida a guarda.

b) relativamente à guarda conjunta imposta: é um modelo antitético ao próprio conceito de guarda conjunta, que, por sua própria natureza, exige consenso e cooperação entre os pais; porque o juiz não pode consagrar juridicamente uma situação inexistente (FEYDEOU, M.T./ROBINEAU, M.L./CLAUX, P.J., *Autorité Parentale Conjointe*, Gaz. Pal., 1981, pág.64., citado por MARIA CLARA SOTTOMAYOR, referido *in ob.* citada, pág. 436); a imposição da guarda conjunta “só pode acentuar o caos familiar”, constituindo um perigo para a segurança e equilíbrio emocional da criança, por nem a lei nem uma decisão judicial poderem substituir a vontade dos pais; uma presunção de guarda conjunta não está justificada pelos princípios que normalmente justificam a existência de

presunções legais, um critério de probabilidade, de justiça e de interesses (DODSON, DOREEN, «Joint Custody in Missouri», *Saint Louis University Law Journal*, Vol. XXXI, nº1, 1986, págs.114 ss, citado por MARIA CLARA SOTTOMAYOR, *in nota* 85, pág.438); a guarda conjunta de um ponto de vista legal não se torna automaticamente guarda conjunta de um ponto de vista psicológico (STEINMAN, SUSAN: *What we know, what we have yet to learn, and the Judicial and Legislative Implications*, *ob cit.*, pág.125- citado por MARIA CLARA SOTTOMAYOR — nota 86, pág.438).

A autora conclui que:

a) a investigação conduzida até ao momento sobre a guarda conjunta indica que não há conhecimentos suficientes para que esta seja considerada pelo legislador como modelo preferido ou como presunção legal;

b) a decisão de uma guarda conjunta não deve partir de presunções mas deve basear-se num exame minucioso dos factos de cada caso e que a presunção constituiria um desincentivo a uma investigação cuidadosa de factos em caso de conflito entre os pais e aumentaria o risco de chantagem e manipulação de um dos pais em relação ao outro;

c) «A tentativa de tornar a família pós- divórcio, no que diz respeito à relação pais- filhos, numa família que funciona em termos semelhantes à família fundada no casamento, não está de acordo com a realidade social nem com os resultados das ciências sociais e potencia o aumento da intervenção do Estado na vida privada das pessoas» (pág. 444 da ob. citada);

d) a solução da guarda conjunta não diminui o sofrimento causado às crianças; nem constitui panaceia para os problemas gerados pelo divórcio; não aumenta o contacto dos pais com os filhos; não envolve mais o outro progenitor nas decisões a tomar relativamente à educação do filho; trata-se apenas de uma mera etiqueta formal não vivida na prática;

e) a solução da guarda conjunta imposta é uma visão demasiado simplista e superficial, pois a investigação empírica, realizada pela sociedade portuguesa, demonstra que são as mulheres quem predominantemente cuidam dos filhos e que o elevado número de divórcios por mútuo consentimento não significa uma diminuição real da conflitualidade mas antes uma preferência por uma modalidade de divórcio mais rápida e economicamente menos dispendiosa;

f) «O efeito educativo de uma norma que consagrasse, conforme pretendia o Projecto-Lei, o exercício conjunto do poder paternal como princípio — regra na prática seria nulo. A lei, só por si, não altera comportamentos nem muda a sociedade relativamente aos papéis sexuais. (...) O direito da família é um direito institucional que se forma e vive da realidade social e nos padrões de comportamento observados em cada família. Afirmações legais, de valor simbólico, e adiantadas em relação à realidade, desempenham uma função meramente formal, mas não criam uma igualdade de facto entre o homem e a mulher na divisão das tarefas dentro da família. (...) As mudanças sociais sobre a igualdade nos papéis sexuais devem aparecer primeiro durante o casamento para assumirem peso após o divórcio, nas decisões de guarda dos filhos e nas formas de exercício do poder paternal escolhidas» (pág. 486).

g) o exercício do poder paternal conjunto é contra- indicado nos casos de violência doméstica, uma vez que, ao obrigar a mulher a comunicar com o ex- marido para tomar decisões relativamente à vida do filho: coloca-a em perigo e coloca a criança em perigo ao assistir a cenas de violência doméstica ou de ser ela própria vítima de violência ao tentar defender a mãe (pág. 491);

II

Parte Especial

— Alterações, revogações e aditamentos —

1. No Título II- Do Casamento:

1.1. Capítulo IX- Efeitos quanto às pessoas e bens dos cônjuges⁶⁹:

h) o exercício do poder paternal conjunto pode afectar a qualidade de vida do filho, uma vez que os acordos de regulação do exercício do poder paternal são habitualmente o resultado de negociações prévias em que o pai ameaça pedir a guarda e a mãe, que evitar este desfecho, aceita negociar uma pensão de alimentos mais baixa- «O exercício conjunto do exercício do poder paternal vem a ser mais uma arma para este efeito, permitindo ao progenitor obrigado a alimentos reduzir ou eliminar esta obrigação, a pretexto que paga estes alimentos em espécie durante as estadias mais longas do filho em casa, estadias e prestações em espécie que depois não chegariam a verificar-se. O exercício conjunto do exercício do poder paternal, quando aplicado inadvertidamente, pode aumentar a pobreza das famílias monoparentais, já entre as mais vulneráveis economicamente»; «Para evitar este resultado, o juiz não deve aceitar acordos em que não esteja fixada a residência principal da criança, calculando o montante de alimentos a vigorar em caso de residência fixa da criança junto de um dos pais, e determinando o respectivo ajustamento à guarda conjunta física, no caso de os pais a virem a praticar» (págs. 493 e 494).

⁶⁷- Vide estudo de LOURENÇO/NELSON/PAIS, «Violência contra as mulheres», *Cadernos da Condição Feminina*, n.º48, Lisboa, CIDM 1997. A violência doméstica é sobretudo a violência dos homens sobre as mulheres- 50, 7% vítimas de violência psicológica; 28, 1% vítimas de violência sexual; 14, 1% vítimas de discriminação sociocultural, 6, 7% vítimas de violência física, citado por MARIA CLARA SOTTOMAYOR, *in ob. citada*, nota 33, fls.488.

Para REBBECA MORLEY, «Is Law Reform a Solution to Domestic Violence? A Look at Recent Family Law Reform on Protection from Domestic Violence», *in* MC, Tomé, MJ. *Direito da Família e Política Social*, Universidade Católica, Porto, 2001, pág. 205, pág. 207, citada por MARIA CLARA SOTTOMAYOR, nota 34 da pág. 489. Julga que seja um factor determinante de um em cada três divórcios; «Por vezes, as crianças são envolvidas em incidentes de violência doméstica e são elas mesmo agredidas. A violência doméstica é também uma ameaça para as crianças não nascidas, pois, as mulheres são frequentemente agredidas durante a gravidez, sobretudo no abdómen. Há uma relação forte entre abuso de crianças e violência contra as mulheres. Em famílias em que as crianças estejam a ser fisicamente agredidas, há uma grande probabilidade de as mulheres também serem agredidas e, em ambos os casos, o agressor é o pai da criança».

⁶⁸ Vide nota 53.

⁶⁹

Artigo 1676.º

1. [...]

2. Se a contribuição de um dos cônjuges para os encargos da vida familiar exceder manifestamente a parte que lhe pertencia nos termos do número anterior, esse cônjuge torna-se credor do outro pelo que haja contribuído

1.1.1. Comparação de regimes:

Em ambos os regimes a comparar foi mantido o conteúdo do dever de contribuir para os encargos da vida familiar: incumbe a ambos os cônjuges, de harmonia com as possibilidades de cada um, o dever de contribuir para os encargos da vida familiar, pela afectação daqueles recursos àqueles encargos e pelo trabalho despendido no lar ou na manutenção e educação dos filhos (art.1676º/1 do Código Civil).

Todavia, enquanto o regime civil vigente presume que, se a contribuição de um dos cônjuges exceder a parte que lhe pertencia, o cônjuge renuncia ao direito de exigir do outro a correspondente compensação (art.1676º/2 do Código Civil), o regime do Projecto-Lei define que o cônjuge que contribuir em excesso torna-se credor do outro na parte que lhe competia, crédito esse que só é exigível no momento da partilha de bens do casal, a não ser que vigore o regime de separação (art.1676º/2 do Projecto-Lei).

Altera o conteúdo do dever de contribuir para os encargos da vida familiar e as suas consequências a vencer na partilha dos bens comuns do casal- alteração da redacção do art.1676º/2 do Código Civil.

1.1.2. Apreciação crítica:

Não se vê necessidade de alterar o regime de presunção de renúncia à compensação decorrente da desigualdade de contributos para os encargos da vida familiar (presunção *iuris tantum* que sempre poderia ser ilidida mediante prova em contrário nos termos do art.350º do Código Civil) e de instituir um regime regra de compensação obrigatória da desigualdade de contributos, a vencer na partilha para separação de meações.

Por um lado, porque esta presunção é mais conforme com o conteúdo do contrato do casamento, de natureza jurídico- familiar, fundado na comunhão e em vista da comunhão, contrário na sua essência à gestão milimétrica, calculada e calculista da vida quotidiana.

além do que lhe competia; mas este crédito só é exigível no momento da partilha dos bens do casal, a não ser que vigore o regime da separação.

3. [...]

Esta natureza está particularmente bem expressa e acentuada, também, no conteúdo do dever e na medida da contribuição prevista por lei. Esta medida da contribuição não se encontra fundada num critério de igualdade jurídica mas num princípio de proporcionalidade sobre as possibilidades reais de cada um dos cônjuges e no princípio de equiparação das prestações pecuniárias e das prestações em espécie.

Por outro lado, porque os fundamentos apresentados pelo legislador para a implementação deste regime (protecção das mulheres que despenderam mais tempo e esforço na actividade doméstica, muitas vezes acrescida à actividade laboral já desempenhada) tem consequências reversíveis. Em processos de inventário para separação de meações é frequente a invocação por um dos cônjuges da existência de dívidas sobre o outro, geradas pela desigualdade de contribuição para encargos da vida doméstica. Todavia, esta invocação é feita, habitualmente, pelo ex- cônjuge marido contra a ex- cônjuge mulher, com fundamento no seu contributo superior patrimonial para os encargos da vida familiar.

Por sua vez, em acção judicial, em que venha a ser pedida a definição desta compensação monetária pela desigualdade de contributos para os encargos da vida doméstica, será sempre mais fácil a prova da desigualdade das prestações patrimoniais do que a prova da desigualdade das prestações em espécie. Esta facilidade será acentuada pela cultura de contabilidade aritmética a implementar com esta definição de direito de crédito, lesiva da comunhão plena de vida do casamento.

1.2. Capítulo XIII- Divórcio e Separação Judicial de Pessoas e Bens⁷⁰

70

Artigo 1773.º

[...]

1. O divórcio pode ser por mútuo consentimento ou sem consentimento de um dos cônjuges.
2. O divórcio por mútuo consentimento pode ser requerido por ambos os cônjuges, de comum acordo, na conservatória do registo civil, ou no tribunal se, neste caso, o casal não tiver conseguido acordo sobre algum dos assuntos referidos no n.º 1 do artigo 1775.º.
3. O divórcio sem consentimento de um dos cônjuges é requerido no tribunal por um dos cônjuges contra o outro, com algum dos fundamentos previstos no artigo 1781.º.

Artigo 1774.º

(Mediação familiar)

Antes do início do processo de divórcio, a conservatória do registo civil ou o tribunal devem informar os cônjuges sobre a existência e os objectivos dos serviços de mediação familiar.

Artigo 1775.º

(Requerimento e instrução do processo na conservatória do registo civil)

1. O divórcio por mútuo consentimento pode ser instaurado a todo o tempo na conservatória do registo civil, mediante requerimento assinado pelos cônjuges ou seus procuradores, acompanhado pelos documentos seguintes:

a) Relação especificada dos bens comuns, com indicação dos respectivos valores, ou caso os cônjuges optem por proceder à partilha daqueles bens nos termos dos artigos 272.º-A a 272.º-C do Decreto-Lei n.º 324/2007, de 28 de Setembro, acordo sobre a partilha ou pedido de elaboração do mesmo;

b) Certidão da sentença judicial que tiver regulado o exercício das responsabilidades parentais ou acordo sobre o exercício das responsabilidades parentais quando existam filhos menores e não tenha previamente havido regulação judicial;

c) Acordo sobre a prestação de alimentos ao cônjuge que deles careça;

d) Acordo sobre o destino da casa de morada de família;

e) Certidão da escritura da convenção antenupcial, caso tenha sido celebrada;

2. Caso outra coisa não resulte dos documentos apresentados, entende-se que os acordos se destinam tanto ao período da pendência do processo como ao período posterior.

Artigo 1776.º

(Procedimento e decisão na conservatória do registo civil)

1. Recebido o requerimento, o conservador convoca os cônjuges para uma conferência em que verifica o preenchimento dos pressupostos legais e aprecia os acordos referidos nas alíneas a), c) e d) do n.º 1 do artigo podendo determinar para esse efeito a prática de actos e a produção da prova eventualmente necessária e decreta, em anterior, convidando os cônjuges a alterá-los se esses acordos não acautelarem os interesses de algum deles ou dos filhos, seguida, o divórcio, procedendo-se ao correspondente registo, salvo o disposto nos artigos 1777.º-A..

2. É aplicável o disposto nos artigos 1420.º, 1422.º, n.º 2 e 1424.º do Código de Processo Civil, com as necessárias adaptações.

3. As decisões proferidas pelo conservador do registo civil no divórcio por mútuo consentimento produzem os mesmos efeitos das sentenças judiciais sobre idêntica matéria.

«Artigo 1777.º-A

(Acordo sobre o exercício das responsabilidades parentais)

1. Quando for apresentado acordo sobre o exercício das responsabilidades parentais relativo a filhos menores, o processo é enviado ao Ministério Público junto do tribunal judicial de 1.ª instância competente em razão da matéria no âmbito da circunscrição a que pertença a conservatória, para que este se pronuncie sobre o acordo no prazo de 30 dias.

2. Caso o Ministério Público considere que o acordo não acautela devidamente os interesses dos menores, podem os requerentes alterar o acordo em conformidade ou apresentar novo acordo, sendo neste último caso dada nova vista ao Ministério Público.

3. Se o Ministério Público considerar que o acordo acautela devidamente os interesses dos menores ou tendo os cônjuges alterado o acordo nos termos indicados pelo Ministério Público, segue-se o disposto na parte final do n.º 1 do artigo anterior.

4. O incumprimento do regime fixado sobre o exercício das responsabilidades parentais constitui crime de desobediência nos termos da lei penal.

5. Nas situações em que os requerentes não se conformem com as alterações indicadas pelo Ministério Público e mantenham o propósito de se divorciar, aplica-se o disposto no artigo 1778.º.

Artigo 1778.º

(Remessa para o tribunal)

Se os acordos apresentados não acautelarem suficientemente os interesses de um dos cônjuges, e ainda no caso previsto no n.º 5 do artigo 1777.º-A, a homologação deve ser recusada e o processo de divórcio é integralmente remetido ao tribunal da comarca a que pertença a conservatória, seguindo-se os termos previstos no artigo 1778.º - A, com as necessárias adaptações.

Artigo 1778.º-A

(Requerimento, instrução e decisão do processo no tribunal)

1. O requerimento de divórcio é apresentado no tribunal, se os cônjuges não o acompanharem de algum dos acordos previstos no n.º 1 do artigo 1775.º.

2. Recebido o requerimento, o juiz aprecia os acordos que os cônjuges tiverem apresentado, convidando os cônjuges a alterá-los se esses acordos não acautelarem os interesses de algum deles ou dos filhos.

3. O juiz fixa as consequências do divórcio nas questões referidas no n.º 1 do artigo. 1775.º sobre que os cônjuges não tenham apresentado acordo, como se se tratasse de um divórcio sem consentimento de um dos cônjuges.

4. Tanto para a apreciação referida no n.º 2 como para fixar as consequências do divórcio, o juiz pode determinar a prática de actos e a produção da prova eventualmente necessária.

5. O divórcio é decretado em seguida, procedendo-se ao correspondente registo.

6. Na determinação das consequências do divórcio, o juiz deve sempre não só promover, mas também tomar em conta, o acordo dos cônjuges.

7. É aplicável ao divórcio no tribunal o n.º 4 do artigo 1777.º-A.

Artigo 1779.º

(Tentativa de conciliação; conversão do divórcio sem consentimento de um dos cônjuges em divórcio por mútuo consentimento)

1. No processo de divórcio sem consentimento de um dos cônjuges haverá sempre uma tentativa de conciliação dos cônjuges.

2. Se a tentativa de conciliação não resultar, o juiz procurará obter o acordo dos cônjuges para o divórcio por mútuo consentimento; obtido o acordo ou tendo os cônjuges, em qualquer altura do processo, optado por essa modalidade do divórcio, seguir-se-ão os termos do processo de divórcio por mútuo consentimento, com as necessárias adaptações.

Artigo 1781.º

(Ruptura do casamento)

São fundamento do divórcio sem consentimento de um dos cônjuges:

-
- a) A separação de facto por um ano consecutivo;
 - b) A alteração das faculdades mentais do outro cônjuge, quando dure há mais de um ano e, pela sua gravidade, comprometa a possibilidade de vida em comum;
 - c) A ausência, sem que do ausente haja notícias, por tempo não inferior a um ano.
 - d) Quaisquer outros factos que, independentemente da culpa dos cônjuges, mostrem a ruptura definitiva do casamento.

Artigo 1785.º

[...]

1. O divórcio pode ser requerido por qualquer dos cônjuges com o fundamento das alíneas a) e d) do artigo 1781.º; com os fundamentos das alíneas b) e c) do mesmo artigo, só pode ser requerido pelo cônjuge que invoca a alteração das faculdades mentais ou a ausência do outro.

2. Quando o cônjuge que pode pedir o divórcio estiver interdito, a acção pode ser intentada pelo seu representante legal, com autorização do conselho de família; quando o representante legal seja o outro cônjuge, a acção pode ser intentada, em nome do titular do direito de agir, por qualquer parente deste na linha recta ou até ao terceiro grau da linha colateral, se for igualmente autorizado pelo conselho de família.

3. O direito ao divórcio não se transmite por morte, mas a acção pode ser continuada pelos herdeiros do autor para efeitos patrimoniais, se o autor falecer na pendência da causa; para os mesmos efeitos, pode a acção prosseguir contra os herdeiros do réu.

Artigo 1789.º

1.[...]

2. Se a separação de facto entre os cônjuges estiver provada no processo, qualquer deles pode requerer que os efeitos do divórcio retroajam à data, que a sentença fixará, em que a separação tenha começado.

3. [...]

Artigo 1790.º

[...]

Em caso de divórcio, nenhum dos cônjuges pode na partilha receber mais do que receberia se o casamento tivesse sido celebrado segundo o regime da comunhão de adquiridos.

Artigo 1791.º

[...]

Cada cônjuge perde todos os benefícios recebidos ou que haja de receber do outro cônjuge ou de terceiro, em vista do casamento ou em consideração do estado de casado, quer a estipulação seja anterior quer posterior à celebração do casamento; o autor da liberalidade pode determinar que o benefício reverta para os filhos do casamento.

Artigo 1792.º

(Reparação de danos)

1. O cônjuge lesado tem o direito de pedir a reparação dos danos causados pelo outro nos termos gerais da responsabilidade civil e nos tribunais comuns.

1.2.1. Comparação de regimes:

A- Mediação familiar:

É estabelecido que o tribunal e a conservatória de registo civil têm um dever de informação dos cônjuges sobre a existência e os objectivos dos serviços de mediação familiar.

B- Modalidades de decretamento de divórcio:

Em ambos os regimes existe a modalidade de decretamento de divórcio por mútuo consentimento.

Todavia, o Projecto-Lei elimina a modalidade de divórcio litigioso e introduz a modalidade de divórcio «sem consentimento do outro cônjuge» (artigo 1773°).

C- Divórcio por mútuo consentimento:

O Projecto-Lei estabelece alterações quanto aos requisitos, competência, procedimentos do decretamento do divórcio por mútuo consentimento.

C1. Requisitos constitutivos do decretamento do divórcio:

Permite o decretamento do divórcio por mútuo consentimento apenas com fundamento na vontade de ambos os cônjuges e sem que estejam acauteladas previamente por acordo dos cônjuges as consequências quanto à regulação das responsabilidades parentais dos filhos menores, aos alimentos a cônjuge que deles carecer, à atribuição de casa de morada de família e à definição dos bens comuns do casal, relegando-se para o juiz a fixação dos efeitos do divórcio quanto aos acordos não realizados (art.1778°-A do Projecto –Lei, em referência ao art.1775° do Código Civil).

C2. Competência do Ministério Público e dos tribunais:

2. O cônjuge que pediu o divórcio com o fundamento da alínea b) do artigo 1781°, deve reparar os danos não patrimoniais causados ao outro cônjuge pela dissolução do casamento; este pedido deve ser deduzido na própria acção de divórcio.

Artigo 1793.º

[...]

1.[...]

2.[...]

3. O regime fixado, quer por homologação do acordo dos cônjuges quer por decisão do tribunal, pode ser alterado nos termos gerais da jurisdição voluntária.

Prevê um processo de sindicância pelo Ministério Público junto do tribunal de 1ª instância competente em razão da matéria da área de circunscrição da conservatória de registo civil (art. 1777º- A do Projecto- Lei).

Estende aos tribunais judiciais a competência inicial para o decretamento do divórcio por mútuo consentimento, em caso de falta de acordo dos cônjuges quanto aos requisitos iniciais do procedimento, e a competência subsequente, em caso de recusa de homologação pelo conservador dos acordos por falta de tutela dos interesses dos cônjuges e dos interesses dos menores (arts.1776º, 1778º e 1778º- A do Projecto-Lei, em referência aos arts.1775º ss do Código Civil e ao art.14º do DL nº272/2001, de 13.10.).

C3. Procedimento a correr nas conservatórias de registo civil (art. 1776º do Projecto-Lei, em referência aos arts. 1776º e 1778º-A do Código Civil e ao art. 14º do DL nº272/2001, de 13.10.):

— Elimina a tentativa de conciliação dos cônjuges; prevê uma conferência que verifique o preenchimento dos pressupostos de instrução inicial do processo, que não forem de competência de apreciação do Ministério Público- relação especificada dos bens comum, acordo sobre a prestação de alimentos ao cônjuge que deles careça, acordo sobre o destino de casa de morada de família.

— Confere ao conservador do registo civil o poder para a prática de actos e para a produção de prova necessária com vista à alteração dos acordos que não acautelarem os interesses de alguns deles ou dos filhos.

— Omite a previsão de prolação de decisão homologatória dos acordos relativos aos interesses dos cônjuges e dos filhos menores do casal, aquando da prolação da decisão de decretamento do divórcio.

C4. Processo a correr em tribunal (art.1778º-A do Projecto-Lei, em referência aos arts. 1775º, 1776º, 1777º e 1778º-A do Código Civil):

— Introduce a possibilidade de decretamento do divórcio por mútuo consentimento sem o acordo entre os cônjuges quanto a todos ou alguns dos requisitos de instrução do requerimento para decretamento do divórcio na conservatória de registo civil- relação especificada dos bens comuns, acordo sobre a regulação das

responsabilidades parentais dos filhos menores, acordo sobre a prestação de alimentos ao cônjuge que deles careça, acordo sobre o destino da casa de morada de família.

— Introduce o prosseguimento da acção judicial para a fixação judicial das consequências do divórcio por mútuo consentimento, relativamente às declarações ou acordos que os cônjuges não alcançaram- relação especificada dos bens comuns, acordo sobre a regulação das responsabilidades parentais dos filhos menores, acordo sobre a prestação de alimentos ao cônjuge que deles careça, acordo sobre o destino da casa de morada de família.

D- Divórcio sem consentimento:

O Projecto-Lei estabelece alterações quanto aos fundamentos, à legitimidade, à data da produção de efeitos, aos efeitos do divórcio nas relações patrimoniais entre os cônjuges.

D1. Fundamentos do divórcio sem consentimento de um dos cônjuges (art. 1781º do Projecto-Lei, em referência aos arts. 1779º, 1781º e 1782º do Código Civil):

— Elimina qualquer causa que aprecie a violação dos deveres conjugais (ilícito), a sua imputação e a sua censurabilidade a título de culpa.

— Circunscreve os fundamentos do divórcio sem consentimento de um dos cônjuges às causas objectivas: separação de facto por um ano consecutivo (reduzindo o período vigente de três anos a um ano, deixando de exigir para o fundamento de separação de facto de um ano a falta de oposição do outro cônjuge); a alteração das faculdades mentais do outro cônjuge, quando dure há mais de um ano e, pela sua gravidade, comprometa a possibilidade de vida em comum (reduzindo o período deste estado de tempo superior a três anos para tempo superior a um ano); a ausência, sem que haja notícias, por tempo não inferior a um ano (reduzindo do tempo não inferior a dois anos); quaisquer outros factos que, independentemente da culpa dos cônjuges, mostrem a ruptura definitiva do casamento.

D2. Legitimidade (art.1785º do Projecto-Lei, em referência ao art.1785º do Código Civil):

— Elimina a limitação da legitimidade para pedir o decretamento do divórcio por causas subjectivas ao ofendido.

— Mantém a legitimidade de qualquer dos cônjuges para intentar acção com fundamento na causa objectiva da separação.

— Mantém a legitimidade do cônjuge que invocar a ausência e a alteração das faculdades mentais para intentar acção com fundamento nas causas objectivas da ausência ou da alteração das faculdades mentais.

— Confere a qualquer um dos cônjuges a legitimidade para intentar a acção de divórcio sem o consentimento de um deles.

D3. Data da produção dos efeitos do divórcio nas relações patrimoniais entre os cônjuges:

Introduz a previsão que, se a separação de facto estiver provada no processo, qualquer dos cônjuges pode requerer que os efeitos retroajam à data da separação de facto, fixada na sentença, deixando a retroacção à data da cessação da coabitação culposa do outro (art.1789º/2 do Projecto-Lei, em referência ao art.1789º/2 do Código Civil).

D4. Efeitos do divórcio nas relações patrimoniais entre os cônjuges:

— Elimina o efeito aplicado ao cônjuge exclusivo e principal culpado de perda de recebimento na partilha do valor não superior ao que decorreria da celebração do casamento em regime de comunhão de adquiridos e introduz um regime imperativo de partilha de acordo com o regime da comunhão de adquiridos, compressor dos efeitos das convenções antenupciais da comunhão geral de bens, como efeito de todos os divórcios (art.1790º do Projecto-Lei, em referência ao art.1790º do Código Civil).

— Elimina a sanção do decretamento do divórcio com culpa exclusiva ou principal do outro cônjuge quanto à perda de todos os benefícios recebidos ou a receber do outro cônjuge ou de terceiro, em vista do casamento ou do estado de casado, anterior ou posterior à celebração do casamento e introduz um regime automático de perda de todos os benefícios recebidos ou a receber do cônjuge ou de terceiro em vista ao estado de casado, sem prejuízo de o autor da liberalidade poder determinar que o benefício reverta para os filhos do casamento (art.1791º do Projecto-Lei, em referência ao art.1791º do Código Civil).

— Elimina a ressarcibilidade dos danos não patrimoniais do cônjuge inocente ou menor culpado pela dissolução do casamento, a apreciar como pedido cumulativo na

própria acção de divórcio, e introduz uma previsão de indemnização geral de todos os danos em remissão para os termos gerais da responsabilidade civil e para os tribunais comuns; mantém a previsão de indemnização do cônjuge com alterações de saúde mental em favor do outro, pelos danos não patrimoniais sofridos, a deduzir cumulativamente na acção de divórcio (art.1792º do Projecto-Lei, em referência ao art.1792º do Código Civil).

— Mantém a previsão da possibilidade de atribuição a um dos cônjuges da casa de morada de família (propriedade de um dos cônjuges ou de ambos ou arrendada, em face das necessidades dos cônjuges e dos filhos do casal; introduz a possibilidade de revisão deste regime nos termos gerais da jurisdição voluntária (art.1793º do Projecto-Lei, em referência ao art.1793º do Código Civil).

1.2.2. Apreciação crítica:

A- Mediação familiar:

É necessário atender às causas da intervenção limitada dos serviços de mediação familiar no âmbito das acções tutelares cíveis, nos termos do disposto no art.147º-D do DL nº314/78, de 27.10., para remover os bloqueios que impedem o recurso aos serviços de mediação familiar e o apoio que estes poderiam prestar na resolução de conflitos.

B- Modalidades de decretamento de divórcio:

A alteração das modalidades de decretamento de divórcio não é exigida por qualquer necessidade social ou de prática judiciária, como se referiu no ponto I- 2.1.2. supra, para que se remete. As necessidades sociais e judiciais evidenciáveis e assinaláveis estão apenas centradas nas consequências da dissociação familiar em geral, e do divórcio em particular.

A substituição da modalidade de divórcio litigioso pela modalidade de divórcio sem consentimento, com fundamento na ruptura conjugal que não esteja consumida pela separação de facto, não evita a discussão em tribunal, quer na fase dos articulados, quer na fase de julgamento, da existência ou inexistência de ruptura conjugal. Ora, havendo conflito e litígio nesta matéria entre os cônjuges, não deixarão de ser relatados os factos que revelem a ruptura, presumivelmente reportados aos actos e omissões dos cônjuges, aos danos sofridos.

C- Divórcio por mútuo consentimento:

C1. Requisitos:

O legislador deixou de exigir, como requisitos de decretamento do divórcio com consentimento, os acordos sobre a regulação das responsabilidades parentais, sobre alimentos devidos a cônjuges, sobre a atribuição da casa de morada de família e a junção da relação dos bens comuns, com o fundamento de pretender facilitar o divórcio e o recomeço de novos projectos de vida, que não devem estar dependentes destes acordos.

Todavia, esta alteração, nos seus fundamentos, na sua prática e nas suas consequências não facilitará o fim do conflito entre as partes nem o recomeço de novos projectos de vida.

Na verdade, a facilitação do decretamento do divórcio sem a obtenção paralela dos acordos referentes aos interesses dos cônjuges e dos filhos menores significará necessariamente um retrocesso de responsabilização dos cônjuges pelas consequências do divórcio e um retrocesso nos mecanismos de conciliação. Com efeito, é fácil presumir, de acordo com as regras da experiência: que a exigência da obtenção dos acordos sobre os interesses de cada um dos cônjuges e sobre os interesses dos filhos menores como requisito do decretamento do divórcio, responsabilizará os cônjuges pela satisfação dos interesses controvertidos e os fará empenhar-se de forma mais séria em encontrar soluções ajustadas a todas as partes envolvidas, através das concessões e renúncias necessárias; que, deixando de exigir-se como requisito de decretamento do divórcio a obtenção de acordos sobre os interesses controvertidos dos cônjuges e sobre os filhos menores, diminuirá o esforço de conciliação e de consenso entre as partes, facilitar-se-á a relegação para o tribunal das soluções que as partes poderiam ter estado em condições de obter.

Por sua vez, o decretamento do divórcio com consentimento e sem a obtenção dos acordos relativos aos interesses dos cônjuges e dos filhos menores, com relegação da fixação das consequências do divórcio para decisão do tribunal, após a prática de actos e a produção de prova necessária, implicará uma necessária demora na resolução do conflito, com o consequente desgaste das partes, sobretudo da parte economicamente mais enfraquecida, da parte que for a titular da guarda dos filhos, das próprias crianças, como se dirá em 2. infra.

C2. Definição de consequências do divórcio:

Em caso de falta de acordos sobre a regulação das responsabilidades parentais dos filhos menores, sobre alimentos a cônjuge, sobre a atribuição da casa de morada de família e sobre a definição da relação de bens comuns do casal, o Projecto-Lei dispõe que a acção prossiga como se fosse um divórcio sem consentimento e, simultaneamente, que o juiz fixe as consequências do divórcio em todas as consequências não acordadas referentes aos interesses dos cônjuges e aos interesses dos filhos, após «*a prática dos actos e a produção de prova eventualmente necessária*».

Todavia, não se percebe como é que o legislador pretende que se proceda a esta definição das consequências. De facto, qual o sentido de ordenar o prosseguimento da acção como se fosse um divórcio sem consentimento se permite, simultaneamente, o decretamento do divórcio sem os acordos complementares na própria acção e se não está previsto qualquer dever de fixação das consequências do divórcio sem consentimento no que se refere à regulação do exercício das responsabilidades parentais dos filhos menores, à fixação de alimentos a cônjuges, à atribuição de casa de morada de família e à definição dos bens comuns?

Em todo o caso, enxertando-se quatro discussões sobre as consequências do divórcio (regulação das responsabilidades parentais, destinação da casa de morada de família, acção de alimentos a cônjuges e relação de bens comuns do casal) na própria acção de divórcio, não se pode deixar de prever uma grande complexidade processual, com o acentuar da demora na definição das pretensões litigiosas.

Complexidade decorrente: da diversidade de qualidade de cada uma das partes nas diferentes pretensões (*v.g.* uma pode ser requerente de pensão de alimentos, outro pode ser requerente da atribuição de casa de morada de família); da diversidade de ónus de prova correspondentes a cada tipo de pretensão (arts.342º ss do Código Civil); das exigências de tramitação específica de cada uma das pretensões.

De facto, apesar da previsão da norma, que dispõe que o juiz fixe as consequências do divórcio em todos os segmentos não acordados referentes aos interesses dos cônjuges e aos interesses dos filhos, após *a prática dos actos e a produção de prova eventualmente necessária*, não convém fixar quaisquer consequências sem as garantias de alegação, prova e

juízo, tão bem tipificadas para cada uma das acções independentes já previstas para a tutela de cada um dos referidos interesses.

Ora, estas acções independentes têm natureza distinta, tramitações específicas e ónus de prova diferenciados: a acção de regulação das responsabilidades parentais está prevista nos arts.174º ss do DL nº314/78, de 27.10., na redacção actualizada, e configura um processo sem estrutura contenciosa; a acção de atribuição de casa de morada de família está regulada no art.1413º do Código de Processo Civil, e configura uma acção especial de jurisdição voluntária; a acção de alimentos a ex- cônjuges configura uma acção a tramitar sob a forma de processo comum, nos termos do disposto nos art.461º ss do Código de Processo Civil.

Como se concebe conhecer e decretar dentro de uma acção de divórcio as consequências de três pretensões litigiosas de regulação de responsabilidades parentais, de atribuição de casa de morada de família, de fixação de alimentos a cônjuges, que exigiriam uma tramitação distinta e que estão submetidas a regras de ónus de prova tão diferenciadas?

O que pretende o legislador quando prevê que o juiz fixe as consequências do divórcio relativamente à relação de bens comum controvertida entre as partes? Pretende enxertar na acção de divórcio uma discussão equiparada à do processo especial de inventário para separação de meações, no que se refere ao relacionamento e reclamação dos bens comuns (arts.1348º e 1349º do Código de Processo Civil, *ex vi* do art.1404º/3 do Código de Processo Civil)?

C3. Procedimentos a correr nas conservatórias de registo civil:

C.3.1. Encontra-se prevista a possibilidade de o conservador de registo civil praticar os actos e a produção de prova necessária, no âmbito da apreciação dos acordos juntos pelos cônjuges, no sentido da verificação dos pressupostos legais e do convite à alteração dos acordos.

Porém, que produção de prova é esta e para que efeitos concretos? Se o conservador não pode julgar e se está prevista a devolução de competência para os tribunais em caso de desconformidade dos acordos com os interesses dos cônjuges, não se compreendem as implicações destas diligências.

C.3.2. Deve prever-se expressamente a homologação dos acordos de regulação das responsabilidades parentais, de alimentos e de atribuição de casa de morada de família, omissa na previsão de decretamento do divórcio por mútuo consentimento.

C4. Competência dos tribunais:

C.4.1. Com a alteração das competências dos tribunais em matéria de divórcio, na fase inicial de falta de acordo quanto aos acordos complementares e na fase subsequente de devolução da competência em face da recusa de homologação, este regime aumenta desnecessariamente os conflitos e a pendência de acções judiciais, em face da situação actual⁷¹.

C.4.2. Por sua vez, existe uma diversidade de identificação de tribunais, que indicia uma incoerência que importa uniformizar.

De facto, no âmbito da sindicância do acordo de regulação das responsabilidades, o legislador refere a competência do Ministério Público do tribunal de 1ª instância competente em razão da matéria (art. 1777º-A/1 e 5 do Projecto-Lei). No âmbito da competência para o conhecimento das acções remetidas pelo conservador de registo civil, em face da recusa de homologação de algum ou de todos os acordos, o legislador refere o tribunal da comarca a que pertença a conservatória de registo civil (art. 1778º do Projecto-Lei).

Assim, deve ser uniformizada a identificação dos tribunais indicada. Repare-se que nos arts. 8º e 10º e art. 14º do DL nº272/2001, de 13 de Outubro, existe igual desarmonia entre as identificações de tribunais (de comarca ou competente em razão da matéria). Todavia, esta falta de uniformidade tem implicado discórdias jurisprudenciais quanto à competência dos tribunais de família e menores ou dos juízos cíveis nas devoluções de competência previstas pelas normas.

D- Divórcio sem consentimento:

D1. Fundamentos e legitimidade:

⁷¹ Vide Estatísticas Demográficas de 2005, INE: decretaram-se 21 380 divórcios por mútuo consentimento e 1453 divórcios litigiosos. É necessário prever uma grande parte de divórcios por mútuo consentimento a instaurar em tribunal inicialmente ou a transitar para o tribunal subsequentemente.

A par dos fundamentos objectivos já previstos na lei vigente, com encurtamento de prazos, o legislador prevê como fundamento de divórcio a ocorrência de *quaisquer outros factos que, independentemente de culpa dos cônjuges, mostrem a ruptura definitiva do casamento.*

Paralelamente, confere legitimidade a qualquer dos cônjuges para instaurar a acção de divórcio sem consentimento de um dos cônjuges, baseada neste fundamento.

Ora, estas previsões, tal como se encontram propostas, podem abrir caminho à subjectividade, à insegurança e a uma injustiça incompatível com os próprios fins do direito.

De facto, não havendo acordo de uma das partes quanto ao decretamento do divórcio- ou pela discordância dos fundamentos invocados e/ou pela desprotecção decorrente da falta de regulação das responsabilidades parentais dos filhos menores, da falta de fixação de alimentos a ex- cônjuges, de falta de destinação da casa de morada de família -, não é legítimo que os interesses desta parte não possam ser apreciados e atendidos.

No regime proposto, podem conceber-se exemplos extremos de absoluta ilegitimidade de obtenção do decretamento do divórcio, sem o consentimento do outro cônjuge: um cônjuge agressor, condenado em processo crime por maus tratos a cônjuge, que abandonou a família sem qualquer causa imputável a esta, que não aceita regular as responsabilidades parentais dos filhos menores, que expulsou o cônjuge e os filhos da casa de morada de família, que não acorda quanto à concessão de alimentos a cônjuge, que sonegou bens comuns do casal, deixando o outro cônjuge sem capacidade de ganho e/ou com doença incapacitante, pode obter o divórcio sem o consentimento do outro cônjuge, deixando desprotegida toda a situação familiar, até que essa possa ser resolvida nas acções judiciais competentes.

Ora, sem um regime de correcção que impeça o direito ao divórcio, em falta de acordo de um dos cônjuges, mediante a alegação e prova da ruptura não imputável e da lesão grave de interesses do cônjuge e da família, o divórcio pode ser obtido apenas por

vontade de uma das partes, sem acautelar responsabilmente as consequências da vida em comum⁷².

Como já se referiu na primeira parte, em sistemas onde se introduziu maioritariamente a possibilidade de decretamento do divórcio por falência e ruptura, foram introduzidos mecanismos de correcção, impeditivos do decretamento do divórcio, quando o cônjuge não o aceite por lesão grave dos seus interesses e dos interesses de filhos menores.

Assim, no regime proposto, impõe-se:

1º) Prever critérios legais objectivos de preenchimento do conceito da *ruptura definitiva do casamento*.

Estes critérios devem harmonizar a causa da dissolução com a teleologia do próprio contrato de casamento mantido por lei. Assim, devem referir-se à frustração dos fins do casamento, à inobservância dos deveres conjugais, de forma séria, grave e comprometedora da possibilidade da vida em comum.

2º) Prever, como causas impeditivas do decretamento do divórcio:

— a imputação da ruptura ao cônjuge requerente e/ou

— a dissolução do casamento deixar o cônjuge em situação de indignidade e não estarem reguladas e acauteladas as responsabilidades parentais dos filhos menores⁷³.

⁷² Repare-se que a falta da tutela da indignidade do outro cônjuge e dos interesses dos filhos menores também não está acautelada, injustamente, no actual regime vigente do divórcio litigioso. Todavia, a dissolução do casamento com a falta de salvaguarda de interesses mínimos, designadamente no que se refere aos filhos menores, é uma das causas de grande desprotecção das famílias e da grande conflituosidade em tribunal.

⁷³ Registam-se, novamente, as limitações previstas no sistema alemão e no sistema francês.

1) No direito alemão um casamento que tenha falhado não será dissolvido: por razões especiais relacionadas com o interesse de um menor nascido do casamento (interesse que é avaliado oficiosamente e que poderá até vir a impedir um divórcio por mútuo consentimento); quando tal resulte em grave prejuízo para a parte que se opôs ao requerimento (1567 (1), 2 BGB); se não houver separação inferior a um ano (art. 1565 (1) BGB), salvo em situação penosa para o requerente em virtude da pessoa do outro (ofensas sérias).

2) No direito francês:

A lei continua a suportar quatro tipos de divórcio (arts.230 a 246 do *Código Civil*), por se ter chegado conclusão que na sociedade francesa coexistem múltiplas e diferentes ideias de divórcio: *Divorce pour faute*; *divorce pour rupture de la vie commune*; *divorce par consentement mutuel sur demande conjointe*; *divorce par consentement mutuel sur demande séparée ou acceptée*.

D2. Efeitos Patrimoniais:

D.2.1. Partilha e perda de benefícios recebidos ou a receber com vista ao casamento:

O regime automático de partilha de bens em comunhão de adquiridos, nos casos do casamento celebrado em comunhão geral de bens, e de perda dos benefícios a receber do outro cônjuge e do terceiro em vista do casamento pode configurar uma sanção e uma penalização patrimonial, com consequências superiores às do enriquecimento sem causa (473º ss do Código Civil), sobretudo no regime de divórcio sem consentimento constante do Projecto-Lei, no caso de não serem previstas causas impeditivas do direito ao divórcio, invocáveis pelo cônjuge oponente.

Se o legislador quer facilitar as causas e os fundamentos da dissolução do casamento, deve, em coerência, assumir as consequências da manutenção dos efeitos patrimoniais, convencionados entre os cônjuges e de que estes beneficiaram, realizados em vista de um casamento que se tornou um vínculo mais precário.

Por sua vez, o regime previsto no Projecto-Lei, de funcionamento automático, proporcionará a negociação de convenções antenupciais menos gravosas patrimonialmente, e que acautelem os interesses dos cônjuges após a dissolução do casamento (arts. 1698º e 1699º, *a contrario*, do Código Civil).

Esta negociação e contabilização dos interesses patrimoniais, prévia à celebração do casamento, contribuirá para a desfiguração da sua essência e favorecerá a protecção das classes mais favorecidas economicamente, com mais acesso à informação e meios para acautelar os efeitos da dissolução do casamento, quanto às relações patrimoniais.

D.2.2. Indemnização:

No regime vigente: apenas é possível cumular ao pedido de divórcio o pedido de indemnização fundado nos danos decorrentes da dissolução do vínculo conjugal (art. 1792º do Código Civil); não é possível a cumulação do pedido de indemnização dos

Todavia, no caso do divórcio ruptura, a lei permite ao requerido duas possibilidades de defesa: um pedido reconvenicional baseado na culpa e a cláusula dureza (*clause de dureté*), pela qual o juiz não decretará o divórcio se o cônjuge demandado alegar e provar que este terá para ele ou para os filhos consequências materiais ou morais excepcionalmente duras (arts.240 e 241 do Código Civil).

1792º do Código Civil); não é possível a cumulação do pedido de indemnização dos danos causados pela violação dos deveres conjugais ao pedido de divórcio, sendo esse pedidos de competência dos tribunais civis.

O regime definido no Projecto-Lei apenas impede a única cumulação admissível e pouco frequente (os pedidos indemnizatórios mais frequentes são os pedidos de indemnização decorrente dos danos pela violação dos deveres conjugais).

Em qualquer caso, não se vê qualquer vantagem para as partes e para os tribunais na impossibilidade de cumulação dos pedidos de divórcio e de indemnização, geradora de duplicação de processos e que amplia as lesões das partes, sobretudo nos divórcios com o fundamento na «ruptura definitiva do casamento».

Numa acção de divórcio com o fundamento na «ruptura definitiva do casamento», é presumível que se discutam todos os factos que causaram a «ruptura» e todos dos factos danosos em que esta se revela. Ora estes, também seriam pressuposto da obrigação de indemnizar (art.483º do Código Civil). Mesmo que o legislador queira obter discussões limpas e assépticas nos divórcios sem consentimento de uma das partes, será difícil consegui-lo, mesmo que impeça a definição da culpa no dispositivo das sentenças.

D.2.3. Atribuição de casa de morada de família:

Estando a duração da atribuição da casa de morada de família determinada pelo próprio título (arrendamento constituído pelo tribunal ou arrendamento a terceiro) e não estando a nenhuma das partes vedada a possibilidade de ver alterada a decisão, por alteração das circunstâncias, de acordo com as regras da jurisdição voluntária, nos termos previstos no art. 1411º do Código de Processo Civil, impõe-se que o legislador esclareça o que pretende definir com a previsão da possibilidade de alteração da decisão de mérito ou homologada, nos termos gerais da jurisdição voluntária.

2. No Título III- Da Filiação:

Capítulo II- Efeitos da Filiação, Secção II- Poder Paternal, Subsecção IV- Exercício do Poder Paternal⁷⁴:

74

Artigo 1901.º

(Responsabilidades parentais na constância do matrimónio)

1. Na constância do matrimónio, o exercício das responsabilidades parentais pertence a ambos os pais.

2. Os pais exercem as responsabilidades parentais de comum acordo e, se este faltar em questões de particular importância, qualquer deles pode recorrer ao tribunal, que tentará a conciliação; se esta não for possível, o tribunal ouvirá o filho, antes de decidir, salvo quando circunstâncias ponderosas o desaconselhem.

Artigo 1902.º

[...]

1. Se um dos pais praticar acto que integre o exercício das responsabilidades parentais, presume-se que age de acordo com o outro, salvo quando a lei expressamente exija o consentimento de ambos os progenitores ou se trate de acto de particular importância; a falta de acordo não é oponível a terceiro de boa fé.

2. O terceiro deve recusar-se a intervir no acto praticado por um dos progenitores quando, nos termos do número anterior, não se presume o acordo do outro ou quando conheça a oposição deste.

Artigo 1903.º

[...]

Quando um dos pais não puder exercer as responsabilidades parentais por ausência, incapacidade ou outro impedimento, caberá esse exercício unicamente ao outro progenitor.

Artigo 1904.º

(Morte de um dos progenitores)

Por morte de um dos progenitores, o exercício das responsabilidades parentais pertence ao sobrevivente.

Artigo 1905.º

(Alimentos devidos ao filho em caso de divórcio, separação judicial de pessoas e bens, declaração de nulidade ou anulação do casamento)

Nos casos de divórcio, separação judicial de pessoas e bens, declaração de nulidade ou anulação do casamento, os alimentos devidos ao filho e forma de os prestar serão regulados por acordo dos pais, sujeito a homologação; a homologação será recusada se o acordo não corresponder ao interesse do menor.

Artigo 1906.º

(Exercício das responsabilidades parentais em caso de divórcio, separação judicial de pessoas e bens, declaração de nulidade ou anulação do casamento)

1. As responsabilidades parentais relativas às questões de particular importância para a vida do filho são exercidas em comum por ambos os progenitores, nos termos que vigoravam na constância do matrimónio, salvo nos casos de urgência manifesta, em que qualquer dos progenitores pode agir sozinho, devendo prestar informações ao outro logo que possível.

2. Quando o exercício em comum das responsabilidades parentais relativas às questões de particular importância para a vida do filho for julgado contrário aos interesses deste, deve o tribunal, através de decisão fundamentada, determinar que essas responsabilidades sejam exercidas por um dos progenitores.

3. O exercício das responsabilidades parentais relativas aos actos da vida corrente do filho cabem ao progenitor com quem ele reside habitualmente, ou ao progenitor com quem ele se encontra temporariamente, porém, este último, ao exercer as suas responsabilidades, não deve contrariar as orientações educativas mais relevantes, tal como elas são definidas pelo progenitor com quem o filho reside habitualmente.

4. O progenitor a quem cabe o exercício das responsabilidades parentais relativas aos actos da vida corrente pode exercê-las por si ou delegar o seu exercício.

5. O tribunal determinará a residência do filho e os direitos de visita de acordo com o interesse deste, tendo em atenção todas as circunstâncias relevantes, designadamente o eventual acordo dos pais e a disponibilidade manifestada por cada um deles para promover relações habituais do filho com o outro.

6. Ao progenitor que não exerça, no todo ou em parte, as responsabilidades parentais assiste o direito de ser informado sobre o modo do seu exercício, designadamente sobre a educação e as condições de vida do filho.

7. O tribunal decidirá sempre de harmonia com o interesse do menor, incluindo o de manter uma relação de grande proximidade com os dois progenitores, promovendo e aceitando acordos ou tomando decisões que favoreçam amplas oportunidades de contacto com ambos e de partilha de responsabilidades entre eles.

Artigo 1907.º

(Exercício das responsabilidades parentais quando o filho é confiado a terceira pessoa)

1. Por acordo ou decisão judicial, ou quando se verifique alguma das circunstâncias previstas no artigo 1918.º, o filho pode ser confiado à guarda de terceira pessoa.

2. Quando o filho seja confiado a terceira pessoa, cabem a esta os poderes e deveres dos pais que forem exigidos pelo adequado desempenho das suas funções.

3. O tribunal decidirá em que termos serão exercidas as responsabilidades parentais na parte não prejudicada pelo disposto no número anterior.

Artigo 1908.º

[...]

Quando se verifique alguma das circunstâncias previstas no artigo 1918.º, pode o tribunal, ao regular o exercício das responsabilidades parentais, decidir que, se falecer o progenitor a quem o menor for entregue, a guarda não passe para o sobrevivente; o tribunal designará então a pessoa a quem, provisoriamente, o menor será confiado.

Artigo 1910.º

[...]

Se a filiação de menor nascido fora do casamento se encontrar estabelecida apenas quanto a um dos progenitores, a este pertence o exercício das responsabilidades parentais.

Artigo 1911.º

(Filiação estabelecida quanto a ambos os progenitores que vivem em condições análogas às dos cônjuges)

1. Quando a filiação se encontre estabelecida relativamente a ambos os progenitores e estes vivam em condições análogas às dos cônjuges, aplica-se ao exercício das responsabilidades parentais o disposto nos artigos 1901.º a 1904.º.

2. No caso de cessação da convivência entre os progenitores, são aplicáveis as disposições dos artigos 1905.º a 1908.º.

Artigo 1912.º

(Filiação estabelecida quanto a ambos os progenitores que não vivem em condições análogas às dos cônjuges)

1. Quando a filiação se encontre estabelecida relativamente a ambos os progenitores e estes não vivam em condições análogas às dos cônjuges, aplica-se ao exercício das responsabilidades parentais o disposto nos artigos 1904.º a 1908.º.

2.1. Comparação de regimes:

A- Na constância do casamento:

A1. Regime geral (art.1901º do Projecto-Lei, em referência ao art.1901º do Código Civil):

___ Muda a denominação de poder paternal para responsabilidades parentais.

___ Mantém o regime de atribuição a ambos os cônjuges destas responsabilidades e de possibilidade de recurso a tribunal em caso de falta de acordo em questões de particular importância.

___ Cria, nas situações em que corra em tribunal o processo de decisão, a obrigatoriedade de ouvir o filho, eliminando a actual condição de audição do filho maior de catorze anos.

A2. Actos praticados por um dos pais (art.1902º do Projecto-Lei, em referência ao art. 1902º do Código Civil):

___ Mantém o regime de presunção de acordo, ressalvados os casos em que a lei exija consentimento de ambos os cônjuges ou se trate de acto de particular importância.

___ Mantém o dever do terceiro se recusar a intervir no acto praticado por um dos progenitores quando não se presume o acordo ou quando conheça a oposição do outro.

___ Muda apenas a definição de poder paternal para responsabilidades parentais.

A3. Impedimento de um dos progenitores (art.1903º do Projecto-Lei, em referência ao art.1903º do Código Civil):

___ Mantém o regime de exercício singular, em caso de ausência, incapacidade ou impedimento do outro progenitor.

___ Muda apenas a definição de poder paternal para responsabilidades parentais.

A4. Morte de um dos progenitores (art.1904º do Projecto-Lei, em referência ao art.1904º do Código Civil):

___ Mantém o regime de exercício singular, em caso de ausência, incapacidade ou impedimento do outro progenitor.

___ Muda apenas a definição de poder paternal para responsabilidades parentais.

2. No âmbito do exercício em comum das responsabilidades parentais, aplicam-se as disposições dos artigos 1901.º e 1903.º.

B- Em caso de divórcio, separação judicial de pessoas e bens e de declaração de nulidade ou anulação de casamento:

B1. No regime vigente procede-se à distinção sistemática entre: o objecto, as formas e critérios de regulação do exercício do poder paternal em caso de divórcio, de separação judicial de pessoas e bens e de declaração de nulidade ou anulação; os modos de exercício do poder paternal em caso de divórcio, de separação judicial de pessoas e bens e de declaração de nulidade ou anulação (arts.1905º e 1906º do Projecto-Lei, em referência aos arts.1905º e 1906º do Código Civil):

B.1.1. Por um lado, em caso de divórcio, de separação judicial de pessoas e bens e de declaração de nulidade ou anulação, define-se:

— O objecto da regulação: o destino do filho; os contactos do filho com o progenitor não guardião (que decorre do regime de manutenção de uma relação de grande proximidade com o progenitor a quem não for confiado); os alimentos a este devidos e a forma de os prestar (art.1905º/1 do Projecto-Lei).

— As formas de regulação: o acordo de ambos os pais, sujeito à homologação do tribunal (art.1905º/1 do Código Civil); a decisão do tribunal, no caso de o acordo não corresponder aos interesses do menor, nomeadamente o de manter uma relação de grande proximidade com o progenitor a quem não seja confiado (art. 1905º/2 do Projecto-Lei).

— Os critérios do acordo e do tribunal na decisão de mérito: a observância do interesse do menor, designadamente o de manter uma relação de grande proximidade com o progenitor a quem não seja confiado (art.1905º/1 e 2 do Projecto-Lei).

— As alternativas da guarda a decidir pelo tribunal: a confiança a qualquer dos pais; a confiança a terceira pessoa ou a estabelecimento de reeducação ou assistência, quando a criança, mediante a verificação de qualquer dos perigos previstos no art.1918º do Código Civil (art.1905º/2 do Projecto-Lei).

B.1.2. Por outro lado, constituem modos de exercício do poder paternal em caso de divórcio, de separação judicial de pessoas e bens e de declaração de nulidade ou anulação:

— Em caso de acordo de ambos os pais: o exercício conjunto do poder paternal, no qual ambos decidem as questões relativas à vida do filho, em condições idênticas às que vigoraram para tal efeito na constância do casamento; o exercício singular do poder paternal; o exercício singular do poder paternal, com decisões conjuntas em determinadas matérias e com administração assumida pelo progenitor a quem o menor estiver confiado (art.1906º/1, 3 do Código Civil).

— Em caso de decisão de mérito do tribunal, na falta de acordo de ambos os pais: o exercício singular do poder paternal pelo progenitor a quem o menor for confiado (art.1906º/2 do Código Civil), com atribuição de um direito de vigilância da educação e das condições de vida do filho ao progenitor que não exercer o poder paternal (art.1906º/4 do Código Civil).

B2. No Projecto- Lei é feita apenas a distinção sistemática entre: os alimentos devidos a filhos menores em caso de divórcio, de separação judicial de pessoas e bens, de declaração de nulidade ou anulação de casamento; o exercício das responsabilidades parentais em caso de divórcio, de separação judicial de pessoas e bens, de declaração de nulidade ou anulação de casamento (arts. 1905º e 1906º do Projecto-Lei):

B.2.1. Por um lado, em caso de divórcio, de separação judicial de pessoas e bens, de declaração de nulidade ou anulação de casamento:

— Define a forma de definição do regime de alimentos: os alimentos devidos ao filho e a forma de os prestar serão regulados por acordo, sujeito a homologação; a homologação será recusada se o acordo não corresponder ao interesse do menor (art.1905º do Projecto-Lei).

— Não integra na definição do regime a possibilidade de decisão heterónoma do tribunal, em caso de falta de acordo ou de recusa de homologação de acordo (art.1905º do Projecto-Lei).

B.2.2. Por outro lado, no exercício das responsabilidades parentais em caso de divórcio, de separação judicial de pessoas e bens, de declaração de nulidade ou anulação de casamento:

— São estabelecidos dois regimes regra de exercício das responsabilidades parentais, de funcionamento simultâneo, cada um com as respectivas ressalvas de aplicação ou de execução.

Nas questões de particular importância para a vida do filho: constitui regra o exercício do poder paternal conjunto por ambos os pais, nos termos em que vigoravam na constância do casamento (art.1906º/1 do Projecto-Lei); constituem excepção para o exercício conjunto os casos de manifesta urgência de qualquer dos progenitores, caso em que ele pode agir sozinho, devendo prestar informações ao outro logo que possível (art. 1906º/1 do Projecto-Lei); outra excepção do exercício conjunto, em que se aplica um regime de exercício singular da responsabilidade parental, ocorre em situações em que o exercício em comum dessas responsabilidades, em questões de particular importância para a vida do filho, for julgado contrário aos interesses deste, caso em que deve o tribunal, através de decisão fundamentada, determinar que essas responsabilidades sejam exercidas por um dos progenitores (art.1906º/2 do Projecto-Lei).

Nos actos da vida corrente do filho: constitui regra o exercício singular das responsabilidades parentais, de incumbência do progenitor com quem o filho reside habitualmente (art.1906º/3 do Projecto-Lei) ou de incumbência do progenitor com quem o filho não reside, e com que se encontra temporariamente, desde que não contrarie as orientações educativas mais relevantes, tal como elas são definidas pelo progenitor com quem o filho reside habitualmente (art.1906º/3 do Projecto-Lei).

— É estabelecido um regime de «delegação» do exercício das responsabilidades parentais quanto aos actos da vida corrente (art.1906º/4 do Projecto-Lei).

— É estabelecido o conteúdo da regulação a realizar pelo tribunal: determinação da residência do filho e definição dos direitos de visita (art.1906º/5 do Projecto-Lei).

— São estabelecidos critérios de decisão do tribunal: na decisão do conteúdo de decisão específica da residência e das visitas devem ser atendidas todas as circunstâncias relevantes, designadamente o eventual acordo dos pais e a disponibilidade manifestada por cada um deles para promover relações habituais do filho com outro (art.1906º/5 do Projecto-Lei); as decisões gerais devem ser tomadas de harmonia com os interesses do menor, incluindo o de manter uma relação de grande proximidade com os dois

progenitores, com dever de promover e aceitar acordos ou tomar decisões que favoreçam amplas oportunidades de contacto com ambos e a partilha das responsabilidades (art.1906º/7 do Projecto-Lei).

— Mantém e acentua o direito conferido ao progenitor que não exerça, no todo ou em parte, as responsabilidades parentais, de ser informado sobre o modo e o exercício das responsabilidades parentais, designadamente sobre a educação e as condições de vida do filho (art.1906º/6 do Projecto-Lei).

C- Em caso de confiança do filho a terceira pessoa:

C1. Formas de confiança do menor a terceira pessoa:

Introduz que o menor pode ser confiado a terceira pessoa por acordo dos pais ou por decisão do tribunal (art.1907º/1 do Projecto-Lei).

C2. Fundamento da confiança de menor a terceira pessoa:

Mistura o fundamento de confiança constante da previsão vigente (alguma das circunstâncias de perigo previstas no art.1918º do Código Civil), com as formas de confiança referidas em C1. supra, indiciando que pode ser acordada ou decidida uma confiança de menor a terceira pessoa para além do fundamento do perigo previsto no art.1918º do Código Civil (art.1907º/1 do Projecto-Lei).

C3. Poderes que cabem ao terceiro:

Mantém as previsões dos poderes e deveres dos pais que forem exigidos pelo adequado desempenho das suas funções (art.1907º/2 do Projecto-Lei).

C4. Exercício das responsabilidades parentais:

Altera a anterior previsão de atribuição a um dos progenitores do exercício do poder paternal na parte não prejudicada pelos poderes e deveres atribuídos a terceiros, por outra em que prevê apenas a decisão do tribunal sobre os termos em que serão exercidas as responsabilidades parentais na parte não prejudicada pelos poderes e deveres que passaram a caber ao terceiro (art. 1907º/3 do Projecto-Lei).

D- Em caso de perigo para o menor na sobrevivência do progenitor a quem o filho não for confiado:

D1. Denominação:

Muda apenas a definição de poder paternal para «exercício das responsabilidades parentais» (art.1908º do Projecto-Lei).

D2. Manutenção de regime:

O Projecto-Lei mantém a previsão anterior de o tribunal, ao regular o exercício das responsabilidades parentais, poder decidir que, se o progenitor a quem o menor for confiado falecer, a guarda não passe para o sobrevivente, mas seja atribuída provisoriamente a terceiro, a quem o menor venha a ser confiado (art.1908º do Projecto-Lei).

E- Em caso de separação de facto:

O art.1909º do Código Civil não é tocado, mantendo-se a remissão para os arts.1905º a 1908º do Código Civil.

F- Em caso de filiação estabelecida apenas quanto a um dos progenitores:

F1. Denominação:

Muda apenas a definição de poder paternal para o exercício das responsabilidades parentais (art.1910º do Projecto-Lei, em referência ao art.1910º do Código Civil).

F2. Manutenção de regime:

Mantém a previsão de incumbência do exercício das responsabilidades parentais ao progenitor do menor relativamente ao qual estiver estabelecida a filiação (art.1910º do Projecto-Lei, em referência ao art.1910º do Código Civil).

G) Em caso de filiação estabelecida quanto a ambos os progenitores que vivem em condições análogas às dos cônjuges:

G1. Eliminação da lógica do regime anterior:

— Como regra era atribuído o poder paternal ao progenitor que exercesse a guarda do filho (art.1911º/1 do Código Civil).

— Estabelecia-se a presunção legal, ilidível judicialmente, que a mãe tinha a guarda do filho (art.1911º/2 do Código Civil).

— Conferia-se a possibilidade de esse exercício do poder paternal ser exercido conjuntamente, em caso de união de facto, quando os progenitores declarassem ser essa a sua vontade perante o funcionário do registo civil, caso em que funcionariam as regras de regulação do exercício do poder paternal dos progenitores unidos pelo casamento, previsto nos arts. 1901º a 1904º do Código Civil (art.1911º/3 do Código Civil).

G2. Criação de um regime de regulação das responsabilidades parentais dos filhos menores nascidos de progenitores não casados, que distingue apenas:

— A situação de coabitação dos pais em condições análogas às dos cônjuges: neste caso remete a regulação para o regime da regulação próprio de casamento, previsto nos arts.1905º a 1908º do Projecto-Lei (art.1911º/1 do Projecto-Lei).

— A situação da cessação da convivência dos cônjuges: neste caso remete a regulação para o regime previsto para o divórcio, separação judicial de pessoas e bens e declaração de nulidade ou anulação de casamento e para o regime de confiança a terceiro, previsto nos arts.1905º a 1908º do Projecto-Lei (art.1911º/2 do Projecto-Lei).

H) Em caso de filiação estabelecida quanto a ambos os progenitores que não vivam em condições análogas às dos cônjuges:

H1. Eliminação da lógica do regime anterior:

— Como regra era atribuído o poder paternal ao progenitor que exercesse a guarda do filho (art.1911º/1 do Código Civil).

— Estabelecia-se a presunção legal, ilidível judicialmente, que a mãe tinha a guarda do filho (art.1911º/2 do Código Civil).

H2. Criação de um regime de regulação das responsabilidades parentais dos filhos menores nascidos de progenitores não casados e não coabitantes:

— Com aplicação directa do regime da viuvez, do divórcio, da separação judicial de pessoas e bens, da nulidade e da anulação de casamento, e do regime de confiança a terceiro, previstos nos arts. 1904º a 1908º do Projecto-Lei (art.1912º/1 do Projecto-Lei).

— Com aplicação directa, em caso de exercício em comum das responsabilidades parentais, do regime próprio do casamento, previsto nos arts.1901º a 1903º do Projecto-Lei (art.1912º/2 do Projecto-Lei).

2.2. Apreciação crítica:

A- Na constância do casamento:

Em caso de processo em tribunal para decisão de questão de particular importância não acordada pelos pais, impõe-se a obrigatoriedade de ouvir o filho menor, sem previsão de limite de idade e sem condicionamento ao grau de maturidade.

Esta imposição distingue-se dos critérios previstos na Lei de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo, aprovada pela Lei nº147/99, de 1 de Setembro, onde podem ser decretadas medidas de promoção e protecção de maior invasão da autonomia da família. Neste caso, consigna-se apenas o princípio da audição obrigatória de criança e jovem, que é concretizado nas normas que prevêem a audição como a criança ou jovem com idade superior a 12 anos ou com idade inferior quando a sua capacidade para compreender o sentido da intervenção o aconselhe (art.4º/1), 84º e 114º/1 da LPCJP).

É conveniente que o legislador harmonize os regimes quanto às condições das audições obrigatórias das crianças e jovens.

B- Em caso de divórcio, separação judicial de pessoas e bens e de declaração de nulidade ou anulação de casamento:

B1. Alimentos:

A autonomização de epígrafes entre alimentos (art.1905º do Projecto-Lei) e exercício das responsabilidades parentais (art.1906º do Projecto-Lei), orientação sistemática distinta da vigente, e a falta de integração da definição do regime de alimentos no conteúdo de definição previsto no regime de exercício das responsabilidades parentais (art.1906º/5 do Projecto-Lei) causa dificuldades de perceber a intenção do legislador. Quis afastar o regime de alimentos do objecto de regulação das responsabilidades parentais? Se não o quis afastar, porque autonomizou a previsão e não a integrou no objecto de regulação?

A previsão de definição do regime de alimentos simplesmente através de acordo dos pais, homologado pelo tribunal, causa, também, dificuldades de perceber a intenção do legislador. Quis afastar a decisão do tribunal? Se não quis afastar a decisão do tribunal, qual o interesse de prever apenas a forma consensual de definição do regime?

Ora, interessa claramente inserir o regime de alimentos no objecto da regulação das responsabilidades parentais, e prever que pode ser acordado por ambos os pais e definido em decisão de mérito do tribunal, em processo de regulação das responsabilidades parentais, no qual os pais não tenham chegado a acordo sobre o regime.

Só assim serão claros o conteúdo e as consequências dos acordos de responsabilidades parentais a juntar na acção de divórcio por mútuo consentimento, as

previsões da definição das consequências do divórcio que deverem ser definidos pelo tribunal nesta matéria, as consequências da falta de pagamento de alimentos pelo devedor, a abrangência do crime de desobediência tipificado para o incumprimento do regime da regulação do exercício das responsabilidades parentais, referido em I. infra.

B2. Exercício das responsabilidades parentais:

A imposição de um regime regra de exercício conjunto das responsabilidades parentais nas questões de particular importância (com ressalva de aplicação, por decisão fundamentada em contrário, em caso de não observância dos interesses dos menores; e com ressalva de execução, em caso de urgência) e de exercício singular das responsabilidades parentais nos actos de vida corrente, sem prejuízo das orientações educativas mais relevantes do progenitor com quem o filho reside habitualmente, é passível de aumentar a pendência processual das acções de regulação das responsabilidades parentais, de aumentar os incidentes de incumprimento dos regimes de regulação das responsabilidades parentais, de aumentar a dedução de acções especiais para a resolução de diferendos, de aumentar as acções de alteração das responsabilidades parentais (arts.174º ss, 181º, 184º, 182º do DL nº314/78, de 27.10.).

B.2.1. A imposição do regime regra de exercício conjunto das responsabilidades parentais em questões de particular importância, em caso de desacordo entre os pais, cuja denegação imponha ao juiz a prolação de uma decisão fundamentada, implica necessariamente o prosseguimento dos processos de regulação de responsabilidades parentais para fase litigiosa, em situações em que poderiam estar terminados na conferência de pais (arts.174º ss do DL nº314/78, de 27.10.).

De facto, não sendo obtido consenso entre o progenitor que entender que não existem condições para o exercício conjunto (por falta de colaboração normal do progenitor não guardião, por dificuldade de contacto ou ausência habitual, por conflito permanente ou por violência) e aquele que pretende o decretamento do regime regra do exercício conjunto em questões de particular importância, nos termos em que vigorava antes do casamento, os tribunais deixam de poder invocar esta falta de acordo para a impossibilidade de homologação do regime, que permitiria em conferência de pais encontrar uma solução negociada mais ajustada, dentro do regime do exercício singular,

devendo prosseguir o processo para alegações, inquéritos sociais e audiência de discussão e julgamento. Todavia, mantendo-se a oposição veemente de um dos pais e sendo confirmadas as dificuldades de cooperação estável e saudável entre os pais, os tribunais não decretarão o regime regra do exercício conjunto das responsabilidades parentais em questões de particular importância. Porém, esta decisão, que já se poderia presumir no início do processo, apenas será tomada a final, após um longo tempo de indefinição de regime e de desgaste emocional decorrente desta indefinição, da produção de prova, do julgamento.

B.2.2. A imposição de um regime regra de exercício conjunto das responsabilidades parentais nas questões de particular importância (com ressalva de aplicação, por decisão fundamentada em contrário, em caso de não observância dos interesses dos menores; e com ressalva de execução, em caso de urgência) e de exercício singular das responsabilidades parentais nos actos de vida corrente (sem prejuízo das orientações educativas mais relevantes do progenitor com quem o filho reside habitualmente), é passível de aumentar os incidentes de incumprimento da regulação do exercício das responsabilidades parentais (art.181º do DL nº314/78, de 27.10).

Nestes incidentes de incumprimento das responsabilidades parentais o progenitor lesado pedirá a execução coerciva do regime e/ou condenação do incumpridor em multa e em indemnização pelos danos decorrentes dos actos ou omissões violadoras da regulação, o progenitor a quem for imputado ou acto ou omissão usará do contraditório, tribunal procederá à produção de prova requerida pelas partes ou determinada oficiosamente e proferirá decisão (art.181º do DL nº314/78, de 27.10.), com toda a oneração processual e pessoal decorrente.

Atendendo à complexidade de execução do regime, em confronto com as regras da experiência, é possível conceber, à partida, tipologias recorrentes de incidentes de incumprimento:

— Incidentes de incumprimento deduzidos pelo progenitor que não logrou obter o acordo do outro, apenas por facto imputável a este (desaparecimento, ausência e falta de cooperação, falta de resposta).

— Incidentes de incumprimento deduzidos pelo progenitor que invoca a decisão de um acto de particular importância pelo outro progenitor (guardião ou não guardião) sem a manifestação do seu acordo ou sem a realização de diligências com vista à obtenção deste acordo. Neste caso, é previsível a defesa do progenitor requerido, através da negação da natureza da particular importância do acto e a qualificação do acto praticado como acto da vida corrente, passível decisão singular, ou através da invocação de actuação em situação de urgência.

Incidentes de incumprimento deduzidos pelo progenitor guardião quanto à prática de um acto de vida corrente pelo progenitor não guardião, em contrariedade com o seu projecto educativo. Nestes casos, é possível conceber a defesa do progenitor requerido quanto ao desconhecimento do projecto educativo principal, designadamente por falta de informação do progenitor guardião.

B.2.3. A imposição do regime regra do exercício conjunto das responsabilidades parentais em questões de particular importância implicará a dedução de acções tutelares cíveis especiais em que se pedirá a resolução pelo tribunal dos diferendos sobre as questões de particular importância, que os progenitores não conseguiram acordar (art.184º do DL nº314/78, de 27.10.).

Nestes processos dever-se-ão ouvir as partes, proceder à produção da prova requerida e oficiosamente ordenada antes de proferir decisão.

Nestas situações, é previsível a lesão efectiva dos interesses dos menores, nomeadamente por não ter sido tomada solução unilateral em caso de urgência. O temor de represálias do outro progenitor, o temor da dedução de incidente de incumprimento e o temor da condenação por crime de desobediência podem vir a obstar à tomada de decisões singulares, em casos que incompatíveis com a demora da acção especial.

B.2.4. A imposição do regime regra do exercício conjunto das responsabilidades parentais em questões de particular importância implicará o aumento das acções de alteração da regulação do exercício das responsabilidades parentais, em que qualquer um dos progenitores, ou o Ministério Público em defesa dos interesses dos filhos menores, pedirá uma nova regulação, em que se altere a guarda e/ou exercício para um regime singular, mais protector dos interesses das crianças (art.182º do DL nº314/78, de 27.10.).

Assim, é desajustada a introdução obrigatória de um regime regra de imposição de responsabilidades parentais conjuntas em questões de particular importância, com as especialidades e ressalvas previstas, dificuldade essa acentuada pela introdução de conceitos indeterminados sem critérios legais de preenchimento, geradores de insegurança jurídica⁷⁵.

⁷⁵ *Vide*:

— MARIA DE FÁTIMA ABRANTES DUARTE, *O Poder Paternal. Contributos para o actual regime*, pág.154 e JOSÉ CARLOS MOITINHO DE ALMEIDA, «Efeitos da Filiação, Reforma do Código Civil», ROA, Lisboa, pág. 1981, pág. 156., citados por MARIA CLARA SOTTOMAYOR, *in* ob. citada, nota 71 de fls.503, defende a importância da concretização, marcando o grau necessário que devem revestir as divergências de opinião entre os pais, para poderem ser apresentadas à autoridade judicial.

— ARMANDO LEANDRO, *in* «Poder Paternal. Natureza. Conteúdo. Exercício e Limitações. Algumas Reflexões de Prática Judiciária», *Temas de Direito de Família*, Livraria Almedina, 1986, pág.130. «Relativamente ao pedido de passaporte, não será acto de particular importância se se tratar de passaporte para fins de turismo, mas já deverá considerar-se como tal se se destinar à emigração do filho. Quanto à autorização para uma intervenção cirúrgica, afigura-se que o considerar-se ou não de particular importância dependerá do grau da sua necessidade e gravidade das suas possibilidades de êxito. No que respeita à matrícula escolar, não será acto de particular importância se se tratar de matrícula no ensino obrigatório, mas já poderá ter essa natureza se envolver opção sobre futuro profissional».

— MARIA CLARA SOTTOMAYOR, *in* ob. citada, págs.505 e 506. Elenca questões de particular importância, a decidir conjuntamente pelos pais na constância do casamento: autorização para contrair matrimónio; orientação profissional da criança e saber se esta deve ou não deve prosseguir os estudos ou arranjar um emprego antes de atingir a maioridade; permitir aos menores usar contraceção ou recorrer à interrupção da gravidez; autorização quanto a operações cirúrgicas que envolvam riscos; religião das crianças; mudanças de escolas (de privadas para públicas, de públicas para privadas) ou qualquer outra mudança escolar que tenha consequências relevantes na educação da criança; questões que envolvam problemas sérios de disciplina relativos à criança; autorizações para estadia das crianças no estrangeiro. Entende, também, que actos banais aparentes podem revestir-se de particular importância: autorização de criança de saúde débil participar numa excursão escolar; assistência a programas televisivos que um dos pais considere ter um impacto negativo na personalidade do filho. Adere à interpretação restritiva do conceito de acto de particular importância na doutrina Italiana: abrange apenas decisões que influam na educação ou instrução do menor ou que sejam susceptíveis de comprometer os seus interesses materiais ou espirituais.

Será mais consentâneo com a realidade portuguesa actual manter a possibilidade de decretamento do exercício conjunto das responsabilidades parentais ou do exercício singular com definição de questões concretas de decisão conjunta nos casos em que for acordado por estes e for julgado pelo tribunal que estão acautelados os interesses da criança.

Fora deste regime, apenas é concebível a previsão da faculdade judicial, ao abrigo de um princípio de oportunidade, em face da situação concretamente apurada, de definir alguma ou algumas questões determinadas e concretas que devam ser tomadas em conjunto pelos pais, em face da gravidade existencial da questão, dos interesses de protecção concretos da criança, das características e competências dos pais.

B3. Orientação sistemática:

Para além do ajustamento das opções substantivas referidas supra, importa proceder a uma reorganização da orientação sistemática das normas, com supressão de ambiguidades e repetições, e a uma correcção de conceitos (arts. 1905º e 1906º do Projecto-Lei).

Por um lado, importa definir e autonomizar claramente:

- ___ o objecto da regulação (guarda e residência, regime de acesso do progenitor não guardião, regime de alimentos, modo de exercício das responsabilidades parentais);
- ___ as formas de definição da regulação (consensuais e não consensuais);
- ___ os critérios e os princípios a observar pelo tribunal (para a regulação no geral; se se justificar, para os segmentos particulares que integram o objecto de regulação);
- ___ os direitos que assistem aos pais (ou ao progenitor não guardião).

Por outro lado, deve ser corrigido o conceito de delegação de exercício das responsabilidades parentais para a possibilidade de exercício pelo próprio ou através de terceiro em questões pontuais.

C- Em caso de confiança do filho a terceira pessoa:

C1. Formas de regulação:

É necessário reformular as previsões das formas de regulação, atendendo que, para além dos tribunais, as comissões de protecção de crianças e jovens têm competência para deliberar a aplicação de medidas de promoção e protecção que implicam a colocação da

criança à guarda de pessoa singular terceira ou instituição, nos termos do disposto na LPCJP, aprovada pela Lei nº147/99, de 1 de Setembro.

C2. Fundamentos:

É necessário distinguir entre as formas de definição da confiança do menor a terceiro (acordo homologado, deliberação da comissão de protecção de crianças e jovens ou decisão do tribunal) e os fundamentos de confiança (perigo previsto no art.1918º do Código Civil e outros fundamentos, se se julgar que devem ser contemplados).

Ao prever que o menor pode ser confiado a terceiro em caso de acordo, de decisão do tribunal e em caso de perigo, parece que pode haver fundamentos de confiança do menor a terceiro para além das situações de perigo previstas no art.1918º do Código Civil e que pode haver confiança de menor a terceiro em casos destes perigos sem acordo ou decisão do tribunal.

D- Em caso de filiação estabelecida quanto a ambos os progenitores que vivem em condições análogas às dos cônjuges:

Em abstracto, é adequada a remissão da regulação do exercício das responsabilidades parentais em caso de união de facto para o regime de regulação previsto para o casamento.

Em concreto, o exercício das responsabilidades parentais de filhos de pais não unidos pelo casamento pode gerar dúvidas perante terceiros quanto ao regime a aplicar, nos termos e para os efeitos do disposto no art.1902º do Código Civil, quando não se tiver regulado o exercício, com averbamento no assento de nascimento do menor. É normal que o terceiro não saiba se os progenitores vivem em união de facto, se cessaram a união de facto, se nunca viveram em união de facto.

Nestas situações, a presunção da guarda em favor da mãe, em caso de filhos nascidos fora do casamento (correspondente à realidade maioritária nas situações de não coabitação entre os pais) favorece a definição da situação da criança, quando não existe regulação das responsabilidades parentais, designadamente nos actos praticados perante terceiro.

E- Em caso de filiação estabelecida quanto a ambos os progenitores que não vivem em condições análogas às dos cônjuges:

E1. Repete-se a dificuldade referida em D supra.

E2. A remissão simultânea do regime da regulação das responsabilidades parentais: para o regime da viuvez, do divórcio, separação judicial de pessoas e bens, nulidade e anulação e, paralelamente, em caso de exercício comum, para o regime do casamento das responsabilidades parentais é contraditório nos seus próprios termos e desajustado.

A remissão geral para o regime do divórcio, separação judicial de pessoas e bens, nulidade e anulação do casamento é mais ajustado com a realidade da falta de coabitação entre os cônjuges. Todavia, este regime de regulação previsto nos arts. 1905º e 1906º do Projecto-Lei merece toda a crítica já exposta no ponto B. supra.

A remissão para o regime do casamento, em caso de exercício comum das responsabilidades parentais, amplia o regime de exercício comum das responsabilidades parentais nas situações de falta de coabitação, em desfavor daquelas em que houve coabitação análoga à dos cônjuges e cessou e àquelas de divórcio, separação, declaração de nulidade e anulação de casamento.

F- Crime de desobediência:

F1. A previsão do crime de desobediência em caso de incumprimento do regime de regulação do exercício das responsabilidades parentais deve estar integrado no Título da Filiação, na parte da regulação do exercício das responsabilidades parentais, e não apenas integrado na norma respeitante ao divórcio com consentimento (art. 1777º-A do Projecto-Lei).

Sendo a intenção presumível do legislador abranger todas as situações em que seja regulado o exercício das responsabilidades parentais, será mais correcta a integração desta norma na parte directamente respeitante à totalidade das regulações das responsabilidades parentais.

F2. Para além deste facto, é também importante, como se disse na apreciação crítica relativa às situações de divórcio, separação judicial de pessoas e bens, declaração de nulidade e anulação de casamento, em B- supra, que se defina previamente, de forma clara, o objecto, o conteúdo e os critérios do regime da regulação das responsabilidades parentais, para que não reste dúvida quais os segmentos que a integram e cuja inobservância constitui crime de desobediência.

Apesar de esta introdução legislativa poder contribuir para a responsabilização dos pais, pode revelar-se também causadora de perseguição penal injustificada ou de falta de perseguição penal justificada, se não forem claros os pressupostos da regulação, que delimitem de forma clara o incumprimento a que se refere.

3. No Título V- Dos Alimentos:

Capítulo II- Disposições Especiais⁷⁶:

3.1. Comparação de regimes:

A- No regime vigente:

A1. Legitimidade activa para pedir alimentos em caso de divórcio:

76

Artigo 2016.º

[...]

1. Cada cônjuge deve prover à sua subsistência, depois do divórcio.
2. Qualquer dos cônjuges tem direito a alimentos, independentemente do tipo de divórcio.
3. Por razões manifestas de equidade, o direito a alimentos pode ser negado.
- 4.[...]

Artigo 2016.º - A

Montante dos alimentos

1. Na fixação do montante dos alimentos deve o tribunal tomar em conta a duração do casamento, a colaboração prestada à economia do casal, a idade e estado de saúde dos cônjuges, as suas qualificações profissionais e possibilidades de emprego, o tempo que terão de dedicar, eventualmente, à criação de filhos comuns, os seus rendimentos e proventos, um novo casamento ou união de facto e, de modo geral, todas as circunstâncias que influam sobre as necessidades do cônjuge que recebe os alimentos e as possibilidades do que os presta.

2. O tribunal deve dar prevalência a qualquer obrigação de alimentos relativamente a um filho do cônjuge devedor sobre a obrigação emergente do divórcio em favor do ex- cônjuge.

3. O cônjuge credor não tem o direito de manter o padrão de vida de que beneficiou na constância do matrimónio.

Artigo 2016.º - B

Duração

A obrigação de alimentos deve ser estabelecida por um período limitado, embora renovável, salvo razões ponderosas.

Artigo 2016.º - C

Separação judicial de pessoas e de bens

O disposto nos números anteriores é aplicável ao caso de ter sido decretada a separação judicial de pessoas e bens.

— Em regra, o cônjuge não considerado culpado ou, quando haja culpa de ambos, não considerado principal culpado na sentença de divórcio, se este tiver sido decretado com fundamento em causas subjectivas ou nas causas objectivas da separação de facto; o cônjuge réu, no caso de o divórcio ter sido decretado com fundamento na alteração das faculdades mentais; qualquer dos cônjuges, se o divórcio tiver sido decretado com mútuo consentimento ou se, tratando-se de divórcio litigioso, ambos forem considerados igualmente culpados (art.2016º/1 do Código Civil).

— Excepcionalmente, o cônjuge que não teria os mesmos direitos, através da consideração da duração do casamento e a colaboração prestada por esse cônjuge à economia do casal (art.2016º/2 do Código Civil).

A2. Critérios de fixação dos alimentos: a idade e a saúde dos cônjuges; as suas qualificações profissionais e possibilidades de emprego; o tempo que terão de dedicar, eventualmente, à criação de filhos comuns; os seus rendimentos e proventos e, de modo geral, todas as circunstâncias que influam sobre as necessidades do cônjuge que recebe os alimentos e as possibilidades do que os presta (art.2016º/3 do Código Civil).

B- No Projecto-Lei:

B1. Dever de prover à subsistência:

É estabelecida a regra do dever de cada cônjuge prover à sua subsistência após o divórcio (art.2016º do Projecto-Lei).

B2. Legitimidade:

É conferida legitimidade a qualquer dos cônjuges para pedir alimentos ao outro, em caso de divórcio ou de separação judicial de pessoas e bens (art. 2016º do Projecto-Lei).

B3. Recusa de alimentos:

É estabelecida a possibilidade de recusa ao direito a alimentos, por razões manifestas de equidade (art.2016º do Projecto-Lei).

B4. Critérios de fixação:

São definidos como critérios de fixação do montante de alimentos: a duração do casamento, a colaboração prestada à economia do casal, a idade e estado de saúde dos cônjuges, as suas qualificações profissionais e possibilidades de emprego, o tempo que

terão de dedicar, eventualmente, à criação de filhos comuns, os seus rendimentos e proventos, um novo casamento ou união de facto e, de modo geral, todas as circunstâncias que influam sobre as necessidades do cônjuge que recebe os alimentos e as possibilidades do que os presta (art.2016º-A/1 do Projecto-Lei).

B5. Critério de preferência:

Estabelece-se como critério de preferência: obrigação de alimentos de filho do cônjuge devedor (art.2016º-A/2 do Projecto-Lei).

B6. Limitação:

Estabelece-se como critério de limitação: o cônjuge credor não tem o direito de manter o padrão de vida de que beneficiou na constância do matrimónio (art.2016º-A/3 Projecto-Lei).

B7. Duração limitada:

Estabelece-se uma duração limitada à obrigação e uma possibilidade de renovação por razões ponderosas (art.2016º-B do Projecto-Lei).

3.2. Apreciação crítica:

A- Dever de prover à subsistência:

Ora, tendo em conta os critérios de aplicação do regime vigente, verifica-se que não se justifica a introdução de um dever de subsistência do ex- cônjuge, uma vez que o ex- cônjuge só se encontra em situação de necessidade se não tiver capacidade de prover à sua subsistência, o que não afasta o prévio dever de prover à sua subsistência.

De acordo com esta regra geral, constituem alimentos tudo o que for indispensável ao sustento, habitação, vestuário (art.2003º do Código Civil), devendo ser proporcionados à necessidade daquele que houver de recebê-los e aos meios daquele que houver que prestá-los (*vide* art.2004º do Código Civil). De acordo com a regra especial de alimentos a ex- cônjuges, na fixação do montante dos alimentos deve o tribunal tomar em conta os critérios específicos previstos por lei (art.2016º/3 do Código Civil).

Do ponto de vista geral, a necessidade do alimentando consiste na sua impossibilidade ou na sua falta de condições adequadas para prover ou satisfazer, total ou parcialmente, à sua subsistência, seja com os seus bens pessoais, seja com o seu trabalho. Assim, correspondem às reais carências primárias do alimentando, cuja concretização

deverá abater tudo aquilo com que possa concorrer para a sua manutenção^{77 78}, seja com os seus rendimentos, seja com o seu trabalho. Do ponto de vista do cônjuge divorciado, discutiam-se na doutrina e na jurisprudência três posições distintas sobre a necessidade.

Em qualquer caso, não está desonerado o ex- cônjuge de prover à sua subsistência. Só que este dever é limitado pela capacidade concreta de prover, pelos seus rendimentos e pela sua capacidade de ganho. E este critério não deve ser afastado.

B- Recusa de fixação de alimentos em caso de equidade:

A recusa de alimentos em caso de manifesta falta de equidade deve ser concretizada, mediante a definição de critérios objectivos que delimitem os contornos da causa impeditiva do direito.

C- Direito de preferência de filhos menores:

A ponderação dos encargos do credor é sempre aferida na ponderação das suas possibilidades de suportar alimentos. De facto, as possibilidades do devedor/obrigado aferem-se pela apreciação dos critérios do património, dos rendimentos da massa patrimonial⁷⁹, da capacidade de trabalho e recursos obtidos pelo seu trabalho⁸⁰.

⁷⁷ Vide Profs. PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, *O Código Civil Anotado*, Vol. V, Coimbra Editora, 1995, notas 4 e 5 ao art. 2004º, págs. 581 e 582.

⁷⁸ A impossibilidade do alimentando é aferida: pelo seu património, compreendendo-se neste todos os direitos patrimoniais que o seu titular possa afectar à sua auto-suficiência; pela sua capacidade de trabalho, apreciada através dos critérios objectivos da formação, das aptidões, da idade, do seu estado de saúde, uma vez que o alimentando tem um dever de trabalhar com vista à satisfação das suas necessidades fundamentais presentes e futuras depois do divórcio; pela possibilidade real de efectiva ocupação laboral, dada a dificuldade com que pode deparar em encontrar posto de trabalho em consequência do desemprego e da crise económica

⁷⁹ Vide MOITINHO DE ALMEIDA, ob. cit., pág. 99; Acs. RL de 15.5.79, CJ, IV, III, pág. 779 e 4.3.97, BMJ nº 465 pág. 632 e STJ de 10.4.80, BMJ nº 296, pág. 293. São rendimentos da massa patrimonial do devedor, aferíveis pelas receitas (todo e qualquer provento, designadamente o salário e ainda qualquer outra receita, ainda que de carácter eventual, tais como gratificações, comissões, subsídios, emolumentos, etc. quantias que percebe a título de subsídio de férias e de Natal), deduzidas das suas despesas inelásticas e impassíveis de compressão, correspondentes às necessidades básicas essenciais, nas quais não cabem os gastos ostentatórios ou sumptuários, os afectados à satisfação de necessidades marginais ou secundárias, os superiores à sua capacidade financeira (*v.g.* compra de uma habitação ou de um carro de luxo, viagens de recreio ao estrangeiro, etc). A irresponsabilidade económica do devedor não pode ser motivo para o desonerar da prestação de alimentos ou para reduzir o seu valor.

⁸⁰ Vide VAZ SERRA, *Obrigação de Alimentos*, BMJ nº 108, pág. 106. Não assiste ao credor o direito de se manter ocioso para se subtrair à obrigação alimentar. Na verdade, *v.g.*, a situação de desemprego, que o devedor não

Assim, a existência de uma obrigação de alimentos efectivamente suportada em relação a filhos menores seria sempre aferida pela jurisprudência na ponderação da capacidade.

Ora, o estabelecimento legal de uma preferência da obrigação de alimentos a filhos menores do cônjuge devedor pode impedir ou modificar o direito em situações que não se justificaria qualquer impedimento ou compressão- *v.g.* quando o filho menor estivesse em condições de prover ao seu sustento, pela disponibilidade de rendimentos próprios, nos termos do art.1779º do Código Civil.

As normas existentes definem critérios de equidade suficientes para não afectar a dignidade de vida do devedor e para não afectar as despesas decorrentes de obrigações legais de alimentos.

D- Vedação de manutenção do padrão de vida anterior:

De facto, tem sido controvertido no direito vigente a aplicação da medida de alimentos a ex- cônjuges⁸¹, podendo impor-se a definição legislativa do critério e da medida.

demonstre não ser-lhe imputável, não o dispensa de cumprir a sua obrigação de alimentos, devendo imputar-se-lhe rendimentos de harmonia com a sua capacidade de ganho.

⁸¹ *Vide* FRANCISCO PEREIRA COELHO e GUILHERME DE OLIVEIRA, *Curso de Direito da Família, Introdução, Direito Matrimonial*, Coimbra Editora, 3ª edição, págs. 741 e 742.

De acordo com uma interpretação mais restritiva, defende-se que a medida do socorro que o ex- cônjuge pode pretender é a resultante das regras gerais sobre a obrigação de alimentos, podendo receber apenas o indispensável aos sustento, vestuário e habitação, e também à saúde e deslocações, uma vez que a obrigação de alimentos após a dissolução do vínculo do casamento não se confunde com a manutenção dos deveres decorrentes do casamento, como se este existisse e na diferença de natureza e de conteúdo da obrigação alimentícia na constância do casamento e depois da sua extinção. Esta orientação fundamenta-se directamente na letra da lei, dado que a única medida nela referida é a geral para as obrigações alimentares, não existindo qualquer norma respeitante à obrigação de alimentos entre ex-cônjuges.

De acordo com uma posição mais ampla, sustenta-se que a medida do socorro é mais lata, devendo-se manter o ex-cônjuge, que ficou mais carenciado após a dissolução do casamento, ao nível a que se habituou durante a sua vigência. Esta solução resulta do pensamento da protecção da confiança depositada na conservação do estatuto criado com o casamento e com as contribuições de ambos os cônjuges para os encargos da vida familiar. São critérios de aferição a duração do casamento, o abandono da carreira profissional em favor daquele, a inaptidão ou falta de capacidade necessária para reiniciar ou iniciar uma actividade profissional interrompida ou adiada pelo casamento.

Este critério deve conciliar o realismo (atendendo ao natural aumento das despesas decorrentes do divórcio) com a justiça e a solidariedade entre pessoas que se tiveram uma plena comunhão de vida e que continuam a gerir as consequências dessa comunhão, nomeadamente com os filhos

Neste caso, a proibição de manutenção do padrão de vida anterior é excessiva e pode gerar desequilíbrios: o padrão de vida anterior pode ser o padrão da sobriedade, suportável pelo credor; a denegação deste padrão pode vir a gerar desequilíbrios entre o ex- cônjuge, que tem os filhos a encargo, e os filhos do credor de alimentos.

E- Duração limitada e renovação:

A duração limitada da obrigação de alimentos, com possibilidade de renovação excepcional por razões ponderosas, também é passível de gerar dificuldades: é difícil prever, em regra, a situação de duração da falta de capacidade de ganho; em situações de doença crónica ou de perda definitiva de capacidade de ganho, o ex- cônjuge necessitado fica desacompanhado pelo estabelecimento do regime limitado e pela obrigação de ficar onerado com a renovação.

Lisboa, 9 de Maio de 2008


(Alexandra Maria Viana Parente Lopes)

De acordo com uma posição intermédia, defende-se que a medida do socorro do ex-cônjuge deverá ser aquela que o coloque em situação razoável – acima do limiar de sobrevivência, nos limites da vida sóbria, ainda que inferior ao padrão de vida que o casal atingira. Esta defesa alicerça-se num argumento de justiça e de realismo. Por um lado, o argumento de justiça concilia a aplicação de um ideal de solidariedade entre pessoas que se encontram numa plena comunhão de vida com a responsabilização individual daqueles que estão a dissolver esse vínculo e a caminhar no sentido da plena autonomia. O argumento de realismo prende-se com o facto notório que o ex-cônjuge devedor suportará mais encargos vivendo sozinho ou numa nova união, sendo, necessariamente menor a sua disponibilidade económica para garantir ao ex-cônjuge mais pobre o padrão de vida do casamento dissolvido. Porém, esta a orientação só cabe na lei desde que se interprete o requisito *indispensável* utilizado pelo legislador de forma mais ampla quando o pedido de alimentos for formulado por um ex-cônjuge, com base na ideia de solidariedade pós-conjugal (*vide* art.2003º/1 do *Código Civil*).