

A NOVA LEI DO DIVÓRCIO

Guilherme de Oliveira

Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (aposentado)

I. Tipos de divórcio

O sistema tradicional português previa três tipos de divórcio: o divórcio por mútuo consentimento, o divórcio litigioso por causas "subjectivas", culposas, e o divórcio litigioso por causas "objectivas".

A última grande reforma do sistema data de 1977, na sequência da entrada em vigor da Constituição da República de 1976, por sua vez ditada pela Revolução democrática de 1974.

O sistema português de 1977 aproximou-se da ideia de um sistema de "divórcio constatação da ruptura" do casamento — que supunha uma avaliação objectiva do facto do afrouxamento do vínculo, sem recurso a avaliação de comportamentos culposos de qualquer dos cônjuges — mas não a consagrou plenamente. Na verdade, foram previstas "causas objectivas" de ruptura do casamento (a separação de facto, a alteração das faculdades mentais e a ausência), e tanto o cônjuge "inocente" como o cônjuge "culpado" podiam pedir o divórcio — tudo isto característico do sistema do "divórcio-ruptura".

Porém, não se afirmava um princípio geral de dissolução com fundamento em ruptura do casamento, mas apenas se previam aquelas *três causas* determinadas de ruptura; além disto, o nosso Direito também aceitava que se demonstrasse a ruptura do

matrimónio e a "impossibilidade da vida em comum" depois da prova de violações culposas de deveres conjugais (art. 1779.º); e mesmo quando se usava a "causa objectiva" da separação de facto, o tribunal era obrigado a declarar a culpa dos cônjuges, graduando-a para que pudessem ser aplicadas sanções patrimoniais ao cônjuge que tivesse sido o único culpado ou o mais culpado. Assim, apesar da consagração de uma via de divórcio fundada na prova de "causas objectivas", a culpa ainda ficou a desempenhar um papel extenso no sistema português.

O divórcio por mútuo consentimento, por sua vez, já conhecido em Portugal desde 1910, veio assumindo o lugar principal na escolha dos cônjuges que pretendiam extinguir o casamento, ao ponto de ser usado em mais de noventa por cento dos casos, recentemente.

Na última versão deste regime legal, os cônjuges não tinham de respeitar uma duração mínima do casamento, não precisavam de atingir uma idade mínima, nem tinham de observar qualquer "período de reflexão"; as suas obrigações — aliás ónus — eram os de apresentar acordos sobre o destino dos filhos menores, as prestações de alimentos previstas e o regime de utilização da casa de morada da família, e ainda o ónus de exhibir uma declaração con-

junta sobre o que consideravam o património comum do casal.

A Lei n.º 61/2008 trouxe alterações consideráveis a este modelo.

A via clássica de divórcio — proposto pelo cônjuge inocente contra o culpado, baseada na prova de violações culposas de deveres conjugais — foi eliminada.

Em segundo lugar, o art. 1781.º, depois de manter as três “causas objectivas” de ruptura tradicionais, afirmou *um princípio geral* de relevância de *qualquer outra causa* que mostre a ruptura definitiva do casamento.

Em terceiro lugar, a lei nova eliminou a relevância da culpa na causação da separação de facto para o efeito de aplicar sanções patrimoniais ao cônjuge único culpado ou ao cônjuge principal culpado.

A abolição da relevância da culpa na dissolução do casamento insere-se na tendência para *desdramatizar* o divórcio. Esta tendência já se notara entre nós, em 1977, quando a lei impôs ao juiz, no caso de a tentativa de conciliação não resultar, que procurasse obter o acordo dos cônjuges para o divórcio por mútuo consentimento. Esta foi a primeira vez que se notou uma preocupação de evitar que a dissolução do casamento seguisse um caminho traumático, acrescentando desnecessariamente os sofrimentos anteriores.

A irrelevância da *culpa* consagrada agora aprofunda essa tendência, ao evitar que os cônjuges procurem inventariar e provar o pior que aconteceu no seu casamento, causando ainda maiores danos a si próprios e aos filhos ⁽¹⁾.

⁽¹⁾ Afirma-se, por vezes, que a irrelevância da culpa prejudica o chamado “cônjuge inocente”, ou “menos culpado”, que assim perde a ocasião de atestar a sua falta de responsabilidade, ou menor responsabilidade, pela falência do casa-

Em conclusão, o sistema português consagra hoje duas grandes vias para a dissolução do casamento: o divórcio por mútuo consentimento e o divórcio litigioso com base na prova da ruptura objectiva do matrimónio.

O divórcio por mútuo consentimento recebeu modificações importantes relativamente ao seu formato tradicional, que mencionarei adiante; e o sistema de “divórcio-ruptura” é hoje um sistema *puro* — com relevância de *qualquer causa* que mostre a ruptura definitiva, e sem qualquer relevância da culpa de qualquer dos cônjuges, para qualquer efeito.

Deste modo, o Direito português aproximou-se da maioria dos sistemas europeus.

II. Promoção da mediação familiar

A Mediação Familiar começou a instalar-se em Portugal nos anos noventa, com escassos apoios e uma expressão moderada.

Pode dizer-se que o actual Sistema de Mediação Familiar (SMF) resulta do Despacho n.º 18.778/2007, da Secretaria de Estado da Justiça. Inicialmente organizado em Lisboa e nos concelhos limítrofes, alargou-se rapidamente a cinco capitais de distrito e, presentemente, pode recorrer-se a este serviço em todo o território nacional.

mento; e de tirar os benefícios patrimoniais associados à situação de cônjuge inocente ou menos culpado. Dito de outra maneira, pode entender-se que a tradicional declaração de culpas *protege* o cônjuge inocente ou menos culpado.

Não creio que a atestação da ausência de culpa, ou do menor grau de culpa, seja uma função importante dos tribunais; ou que valha a pena pagar o preço alto da extrema agravação do conflito para obter essa atestação de baixo valor num quadro social de divórcios frequentes e com baixa visibilidade. E se o problema for, afinal, de conservar a auto-estima do cônjuge inocente ou menos culpado, um psicólogo ajudará mais do que o tribunal.

Uma atitude optimista poderia ter levado a introduzir imediatamente a mediação familiar como um acto obrigatório, no processo de divórcio.

Porém, em finais de 2007 e princípios de 2008, dificilmente poderia confiar-se na existência, em Portugal, de um sistema experimentado e sólido, de tal modo que se pudesse pretender fazer um uso intenso, e mesmo imperativo para os cidadãos, da mediação familiar. Isto é, ao elaborar-se um projecto de alteração do regime do divórcio, parecia temerário recorrer à mediação familiar de um modo obrigatório, por exemplo introduzindo-a no processo de divórcio como um episódio imperativo.

Porém, correr-se-ia o risco de impor uma prática que ainda não está consolidada, de exigir a presença de mediadores em demasiados locais, enfim, de fazer solicitações que ainda não são sentidas pelos interessados, que não se poderiam cumprir, e que acabariam por desacreditar a mediação familiar.

Pareceu conveniente dar mais um passo no sentido da visibilidade dos serviços de mediação familiar, obrigando as conservatórias e os tribunais a tomar a iniciativa de dar informações aos cônjuges que procuram a dissolução do casamento. É provável que estas pequenas diligências, associadas ao reforço paulatino do número de mediadores e das suas competências técnicas, possa desenvolver esta prática e, porventura, no futuro, trazê-la para dentro do processo, como um acto obrigatório.

Assim nasceu a regra contida no art. 1774.º — tímida, para uns, oportuna, para outros, ela resultou do compromisso entre o desejo de chamar a atenção para o instituto, sem criar obrigações para o sistema que ele ainda não estivesse em condições de cumprir.

A norma impõe aos tribunais e às conservatórias do registo civil um simples dever de informar os cônjuges da existência e dos propósitos do SMF⁽²⁾.

III. Divórcio por mútuo consentimento

1. Abandono da tentativa de conciliação

A lei nova desprezou a tentativa de conciliação que o art. 1774.º previa para qualquer forma de divórcio. A tentativa de conciliação só é exigida no caso de divórcio sem consentimento de um dos cônjuges (art. 1779.º, n.º 1).

Parece razoável pensar que os dois cônjuges, depois de atingirem um acordo de dissolução, e porventura outros acordos complementares, não estarão dispostos a eliminar esses esforços para aceitar a sugestão de conciliação que o juiz possa apresentar-lhes. E será realista pensar que os tribunais se empenhavam nessa tentativa, a que a lei os obrigava?

A lei nova mostra descrença na tentativa de conciliação nos processos de divórcio por mútuo consentimento e, em seu lugar, promove a mediação familiar, nos termos já assinalados.

2. Período de reflexão?

Até à entrada em vigor do regime do Decreto-Lei n.º 272/2001, de 13 de Outubro, os cônjuges eram obrigados a "renovar o pedido de divórcio após

⁽²⁾ O processamento electrónico dos actos processuais torna praticamente impossível a possibilidade de cumprir o dever "antes do início do processo". O texto do art. 1774.º devia ter acrescentado uma fórmula que permitisse cumprir o dever de informar na primeira intervenção processual do conservador ou do juiz.

um período de reflexão de três meses, a contar da data da conferência, e dentro do ano subsequente à mesma data, sob pena do pedido ficar sem efeito” (art. 1776.º, n.º 1, CCiv). Aquele Decreto-Lei simplificou o processo, eliminando a *segunda conferência* e dispensando os cônjuges daquele tempo de espera e da renovação do pedido.

No contexto europeu, a maioria dos sistemas jurídicos não exige este compasso de espera, no divórcio por mútuo consentimento⁽³⁾. E esta solução foi também adoptada pela nova Lei portuguesa.

Porém, o entendimento da Comissão para um Direito da Família Europeu (CEFL) — que o novo regime seguiu de perto — foi no sentido de que o divórcio não deve “rápido” quando os cônjuges tiverem filhos menores de 16 anos. A razão é clara: o “período de reflexão” poderia servir para os cônjuges avaliarem a sua própria convicção acerca do pedido de divórcio e para procurarem acordos convenientes, porventura auxiliados por mediadores familiares.

Pessoalmente, acompanharia esta orientação — porventura reduzindo o tempo para três meses, num país onde o período de reflexão já desapareceu há anos, e reservando a exigência para os casais com filhos menores de doze ou catorze anos.

Esta sugestão não foi adoptada pela Assembleia da República. Compreendo que este requisito dificilmente poderia ser aceite num quadro de simplificação dos procedimentos que, em geral, também acompanho. Julgo, no entanto, que a imposição de

um “período de reflexão” teria pelo menos o valor simbólico de marcar a importância da dissolução matrimonial, ao mesmo tempo que daria o ensejo para um intervenção sistemática de mediadores familiares, que todos parecem desejar.

3. Os acordos — acordo sobre a partilha?

A Lei nova manteve o regime vigente acerca das matérias que devem ser objecto dos chamados “acordos complementares” — destino dos filhos, destino casa de morada e alimentos entre ex-cônjuges.

Este momento de alteração do regime do divórcio teria sido azado para uma ponderação sobre o alargamento das matérias, no sentido de se incluir a necessidade de um acordo de partilha do património comum.

A vantagem de deixar resolvida a divisão dos bens parece intuitiva. Na verdade, se é preciso combinar quem fica a morar na casa da família e quanto se paga a título de pensão de alimentos para os filhos, e se for preciso saber se um ex-cônjuge paga alimentos ao outro, facilmente se compreende que estes acordos são mais consistentes se cada cônjuge souber o que vai receber na partilha dos bens comuns; pelo contrário, esses acordos são menos consistentes se a questão da partilha ficar adiada, porque os cônjuges não podem adivinhar como vai ser o resultado prático e económico da divisão futura dos bens.

Em 1977, quando se preparava a Reforma do Código Civil e se pensou no elenco dos temas essenciais que os cônjuges deviam deixar resolvidos, foram eleitos o destino dos filhos, o destino da casa de morada e os alimentos entre ex-cônjuges; a partilha

⁽³⁾ BOBLE-WOELKI *et al.*, *Principles of European Family Law Regarding Divorce and Maintenance Between Former Spouses*, Commission on European Family Law, Antwerp-Oxford, Intersentia, 2004, p. 34.

do património comum foi considerada em quarto lugar. Porém, enquanto a solução dos primeiros três temas era imperiosa e também urgente — de facto, é necessário conhecer o regime que vai valer no momento seguinte ao do divórcio — a partilha dos bens podia esperar, apesar dos inconvenientes da demora. Por outro lado, o legislador de 1977 não terá querido exigir um quarto acordo a crescer aos outros três, tornando o divórcio mais difícil e correndo o risco de deitar tudo a perder na medida em que a incapacidade de atingir qualquer um dos acordos exigidos fazia indeferir o pedido de divórcio. Ou seja, o legislador terá pensado que, ao pretender que os cônjuges deixassem tudo resolvido, incluindo a partilha do património, podia estar a inviabilizar a via do mútuo consentimento e a forçar os cônjuges a seguir a via traumática do processo litigioso, por causa da divisão dos bens.

Hoje, a ponderação das matérias sobre que valeria a pena forçar os cônjuges a produzir um regime não leva a resultados diferentes. Os três temas mais importantes e urgentes continuam a ser iguais; e a partilha pode considerar-se o quarto tema, a impor uma solução menos urgente do que os outros.

Porém, a nova Lei trouxe uma alteração fundamental que poderia ter conduzido a estabelecer um regime idêntico para aquelas quatro questões. Na verdade, a apresentação de acordos (dignos de homologação) sobre aquelas consequências do divórcio deixou de ser um requisito do deferimento do pedido; é apenas uma condição para a competência das conservatórias do registo civil. Na verdade, se faltar um dos acordos, ou se algum não puder ser homologado, poderá obter-se o divórcio por mútuo consentimento no tribunal.

Sendo assim, o acrescentamento do acordo de partilha dos bens aos três acordos tradicionais não faria aumentar o risco de indeferimento do pedido de divórcio; na pior hipótese, levaria os cônjuges a obter o divórcio no tribunal, onde o juiz deve determinar as consequências da dissolução como já acontecia nos divórcios litigiosos.

É certo que a exigência de um quarto acordo poderia ter ainda a consequência de atrasar a sentença de divórcio, supondo que o juiz não a daria antes de conseguir atingir a partilha.

A ponderação de exigir ou não um acordo sobre a partilha implicava, assim, confrontar a vantagem de resolver em bloco todas as questões patrimoniais com a eventual demora provocada pelas dificuldades da divisão do património.

A Lei optou por evitar estas eventuais demoras e continuou a deixar de fora dos “acordos complementares” a partilha dos bens.

Merece também atenção a exigência de apresentação de uma “relação especificada de bens comuns”, instruindo o requerimento conjunto de divórcio.

As dúvidas acerca da utilidade desta exigência são antigas. Na verdade, CUNHA GONÇALVES não encontrava utilidade na declaração ⁽⁴⁾; mais recentemente AFONSO PATRÃO manifestou as maiores dúvidas ⁽⁵⁾. Pelo contrário, RITA XAVIER sublinha o interesse de a declaração conjunta fazer prova do

⁽⁴⁾ “... já porque não dispensa a partilha do casal, por inventário ou por escritura pública, após o divórcio definitivo, já porque este divórcio pode não se realizar e podem os cônjuges adquirir mais bens durante o ano do divórcio provisório” — *Tratado de Direito Civil*, vol. VII, Coimbra, Coimbra Editora, 1933, p. 133.

⁽⁵⁾ *Os acordos complementares no divórcio por mútuo consentimento*, “*Lex Familiaris*”, ano 2, n.º 4, 2005, p. 103-110.

conjunto dos bens comuns, de tal modo que o cônjuge que queira divergir da declaração terá o ónus de provar o contrário do que aceitou antes ⁽⁶⁾.

Creio que não se pode pôr em dúvida esta última afirmação. A relação especificada dos bens comuns tem aquele valor probatório, que é a sua utilidade absoluta. Mas pode legitimamente discutir-se se a exigência legal da apresentação da relação especificada dos bens comuns tem utilidade relativa.

Em primeiro lugar, pode pensar-se que a exigência é desproporcionada em relação às outras, relativas à apresentação dos três acordos que o Código civil exigiu, sobre temas cuja resolução pareceu indispensável e urgente — o destino dos filhos, os alimentos e a casa de morada de família. A utilidade de proporcionar uma garantia processual assente numa repartição do ónus da prova que seja desfavorável ao cônjuge que dá o dito por não dito acerca da qualidade dos bens é manifestamente menor do que a utilidade que resulta da fixação de um regime sobre as outras três matérias.

Em segundo lugar, parece duvidoso fazer uma exigência para todos os casos de divórcio por mútuo consentimento sabendo-se que o interesse processual da apresentação da relação especificada dos bens comuns só vai ter utilidade no caso eventual de haver sonegação dos bens por qualquer dos cônjuges.

Em terceiro lugar, o desacordo dos cônjuges acerca da relação dos bens tem consequências desproporcionadas relativamente à utilidade eventual da

apresentação da relação. Na verdade, se o desacordo for insanável, fica afastada a via do mútuo consentimento na conservatória do registo civil, pois os requerentes não cumprem o pressuposto legal da apresentação da relação. No âmbito do divórcio por mútuo consentimento judicial, o desacordo persistente não permite que o juiz decida em vez dos cônjuges, como se pretende que ele faça quanto aos outros temas e é, afinal, a razão desta via judicial; de facto, uma decisão do tribunal nesta matéria exigiria a produção de prova ⁽⁷⁾ e a obtenção de uma sentença com força de caso julgado... quando a lei não a prevê e o lugar próprio para ela é o processo de inventário.

Ou seja, à pequena utilidade relativa da exigência da apresentação da relação especificada dos bens comuns juntam-se consequências nefastas resultantes de um desacordo persistente entre os cônjuges, para o qual a lei não tem soluções aceitáveis. De facto, os cônjuges começam por perder o direito de usar a via administrativa; e, já na via judicial, o tribunal apenas pode tentar convencê-los a atingir um acordo... mas não pode fazer aquilo que justificou que o processo fosse para o tribunal: que o juiz decidisse em vez dos cônjuges desavindos.

Ponderado tudo, tenho as maiores dúvidas de que valha a pena manter a exigência da apresentação especificada dos bens comuns. A exigência produz um resultado eventual e modesto, comparado com os danos que pode provocar ⁽⁸⁾.

⁽⁷⁾ RITA XAVIER, *Ob. e loc. cit.*, p. 20.

⁽⁸⁾ Sem falar na prática mencionada por RITA XAVIER (*ob. e loc. cit.*, p. 20, nota 23) de aceitar duas relações de bens quando os cônjuges não estão de acordo; por aqui se vê o valor modesto da exigência legal.

⁽⁶⁾ RITA XAVIER, *A relação especificada de bens comuns*. «*Julgars*», n.º 8, 2009, p. 11-26, p. 19.

Outra coisa seria, naturalmente, a exigência da realização da partilha propriamente dita. O interesse de esclarecer logo um aspecto importante e de resolução difícil, sabendo-se que o novo regime não fazia correr o risco de perder a via do mútuo consentimento — apenas remetia os cônjuges para a via judicial no caso de desacordo — e a ideia de que os vários temas estão interligados do ponto de vista patrimonial, parecia justificar que se acrescentasse este quarto tema aos “acordos complementares” tradicionais.

4. Relevância dos acordos — requisitos do divórcio?

No número anterior já foi necessário fazer referência ao relevo dos “acordos complementares”. Na lei anterior a existência de acordos (homologáveis) era um requisito do deferimento do pedido de divórcio (art. 1778.º), enquanto na lei nova a apresentação de acordos (homologáveis) é apenas um requisito de competência das conservatórias do registo civil.

Esta mudança ficou a dever-se à intenção de respeitar o acordo acerca da dissolução do casamento; à vontade de libertar os cônjuges da necessidade de atingir acordos sobre questões que, apesar de serem importantes, não se confundem com a questão central de quererem ou não continuar casados.

A lei nova não obriga os cônjuges a atingir os “acordos complementares”, embora mostre alguma preferência por que eles os atinjam, na medida em que continua a sugerir a conservatória como o lugar “normal” para fazer o pedido.

Assim, quando os cônjuges estiverem de acordo acerca do divórcio, mas não conseguirem fazer acordo sobre algum dos temas, ou quando o acordo apresentado não for considerado razoável e não puder ser homologado, o processo entra no tribunal, ou é enviado para o tribunal, respectivamente. O juiz decretará o divórcio por mútuo consentimento, depois de ter determinado as consequências do divórcio que os cônjuges não conseguiram combinar.

5. Regresso à competência dos tribunais

Nos casos referidos acima, o divórcio regressa, pois, para a competência dos tribunais, acrescentando aos casos em que o processo começou pela via litigiosa e foi convertido em divórcio por mútuo consentimento.

O art. 1778.º-A determina os procedimentos do tribunal, com vista ao suprimento do acordo dos cônjuges e à fixação do regime ou dos regimes que eles não conseguiram encontrar de um modo digno de homologação.

Porém, a Lei n.º 61/2008 ficou omissa quanto à forma processual que devem seguir estas diligências que ficam cometidas ao juiz, “como se tratasse de um divórcio sem consentimento de um dos cônjuges”.

Como sugestão de aditamento, creio que se devia estabelecer que estes procedimentos seguissem a forma da jurisdição voluntária, como esteve na intenção original (não explicitada) da reforma da lei e como parece mais apropriado. Se assim fosse, o art. 1778.º-A, n.º 4, devia ter a seguinte redacção:

“4. Tanto para a apreciação referida no n.º 2 como para fixar as consequências do divór-

cio, o juiz pode determinar a prática de actos e a produção da prova eventualmente necessária, seguindo-se os termos dos processos de jurisdição voluntária.”

Ainda que a solução agora sugerida possa ser aceite, ela não é suficiente para os casos em que não seja homologado o acordo sobre alimentos entre os ex-cônjuges. De facto, segundo as regras gerais, o processo de alimentos não segue os termos da jurisdição voluntária (ao contrário dos processos relativos à atribuição da casa de morada de família e ao exercício das responsabilidades parentais) mas antes a forma de processo declaratório, consoante o valor da causa; sendo assim, a remessa para o tribunal e a adopção das regras da jurisdição voluntária pode contrariar as expectativas dos cônjuges quanto às garantias processuais normais.

A sugestão complementar que se pode fazer para este caso especial seria a de permitir que qualquer cônjuge pudesse opor-se à remessa do processo para o tribunal e à adopção do formalismo especial e mais leve da jurisdição voluntária. Neste caso, o requerimento conjunto de divórcio seria indeferido (como seria no direito anterior) e os cônjuges dispõem da via alternativa do divórcio sem consentimentos de um dos cônjuges (como já dispunham do divórcio litigioso no domínio da lei anterior). A aceitar-se esta sugestão complementar, a redacção do art. 1778.º devia prever um n.º 2, nos seguintes termos:

“2. Se estiver em causa o acordo sobre a prestação de alimentos ao cônjuge que deles careça, qualquer dos cônjuges pode opor-se à

remessa do processo para o tribunal, no prazo de dez dias a contar da recusa da homologação, caso em que o requerimento do divórcio é indeferido.”

IV. Divórcio sem consentimento de um dos cônjuges

1. É um divórcio litigioso, com base na ruptura do casamento

A segunda via para a dissolução do casamento é o chamado “divórcio sem consentimento de um dos cônjuges”.

Esta modalidade de divórcio não é mais nem menos do que o conhecido divórcio litigioso com base na “ruptura da vida em comum”, que já estava previsto no art. 1781.º

A lei nova manteve este caminho como a via exclusiva para o divórcio que não pode ser atingido com o mútuo consentimentos dos cônjuges.

Foram introduzidas algumas alterações, com relevo diverso.

Em primeiro lugar, deixou de se usar a expressão “divórcio litigioso”. É claro que esta mudança de nome não altera as características da acção, tal como elas são conhecidas e praticadas — tratando-se, como continua a ser o caso, de um pedido de um cônjuge contra o outro, num tribunal.

A mudança de designação, inspirada, mais uma vez, nos trabalhos da Comissão para um Direito da Família Europeu ⁽⁹⁾, apenas pretende acompanhar a

⁽⁹⁾ *Ob. cit.*, p. 24 e 51.

tendência no sentido de *desdramatizar* o divórcio, tanto quanto o afastamento da designação antiga — “divórcio litigioso” — pode contribuir para isso.

2. Diminuição dos prazos das alíneas *a)*, *b)* e *c)*

A segunda alteração consistiu na redução dos prazos previstos nas alíneas *a)*, *c)* e *d)* do art. 1781.º Para serem relevantes, a separação de facto ou a alteração das faculdades mentais não precisam de durar três anos, mas apenas um; a ausência sem notícias não precisa de durar por dois anos, mas só por um. Ou seja, qualquer destas “causas de ruptura” previstas na lei têm de se verificar durante um ano. A mera observação da tendência para encurtar o prazo que se verifica desde 1910 ⁽¹⁰⁾ pode tornar compreensível esta última redução.

Ao ser assim, perdeu sentido a alínea *b)* do art. 1781.º, da lei anterior, que dava relevância à separação de facto durante um ano quando o cônjuge réu não se opunha ao pedido formulado pelo autor.

3. Alargamento dos fundamentos (alínea *d)*)

Em terceiro lugar, a lei nova adoptou mais claramente a ideia do divórcio-ruptura, ao afirmar o princípio de que a dissolução do casamento pode

sempre fundar-se na ruptura definitiva do matrimónio, e de que esta ruptura pode ser demonstrada através da prova de quaisquer factos (alínea *d)*). Dito de outro modo, a ruptura do casamento não é relevante apenas quando se provam as “causas determinadas” pela lei (das alíneas *a)*, *b)* e *c)*), mas também noutras situações que não são especificadamente previstas.

Pode legitimamente perguntar-se o que deverá vir a caber na alínea *d)* do novo art. 1781.º

Sem prejuízo da liberdade que os tribunais vão ter para dar um sentido a esta nova alínea, penso que se pode contribuir com os seguintes esclarecimentos.

Os sistemas estrangeiros que consagram amplamente esta via de dissolução do casamento — o divórcio-ruptura — costumam basear a dissolução na verificação de uma separação de facto mais ou menos prolongada, que mostra a cessação da coabitação conjugal.

Além disto, vários sistemas jurídicos admitem outras causas de ruptura do casamento, designadamente a alteração das faculdades mentais, a ausência, a doença infecciosa, a violência doméstica física ou verbal, a bigamia, o adultério, o cumprimento de pena de prisão, a tentativa de homicídio de um familiar próximo, o abuso de álcool, a negligência grosseira relativamente ao cônjuge. Estes motivos relevantes não costumam ser explicitados como “causa de divórcio”, mas são usados na jurisprudência para fundamentar o “*irretrievable breakdown*” do casamento (a ruptura irremediável do casamento), ou cabem numa norma especial que permite a dissolução mais rápida do que os prazos normais de separação de facto autorizariam, ou sem que seja

⁽¹⁰⁾ O prazo relevante para a separação de facto começou por ser de dez anos, em 1910; esta “causa objectiva” de ruptura desapareceu em 1966; regressou em 1975, com a exigência de cinco anos; em 1976 previram-se seis anos; desde 1998 estabeleceu-se o prazo de três anos.

necessário iniciar uma separação de facto, com fundamento numa “especial onerosidade” (*exceptional hardship*) para o autor ⁽¹¹⁾.

O conhecimento da experiência dos sistemas estrangeiros que têm praticado esta via de dissolução mais amplamente do que o nosso país sugere que a utilização da alínea *d*) do novo art. 1781.º não deve permitir a relevância de factos banais e esporádicos.

Os factos a que os sistemas jurídicos dão relevo devem ser factos objectivos capazes de convencer o tribunal de que os laços matrimoniais se romperam, e se romperam definitivamente. A importância dos factos mencionados pela jurisprudência estrangeira pode chegar ao atentado contra direitos fundamentais de um cônjuge, ou atingir um patamar de gravidade ostensiva capaz de revelar claramente o fim do matrimónio ⁽¹²⁾.

Se fosse útil apelar para a tradição jurisprudencial portuguesa, no sentido de encontrar caminhos viáveis para a aplicação da nova alínea *d*), julgo que se poderia recordar o conceito de “gravidade” que se usou no âmbito das violações dos deveres conjugais (art. 1779.º, hoje revogado), e ainda o conceito de “impossibilidade da vida em comum”, que foi tão conhecido e aplicado.

Creio que também se poderá vir a dar relevo a factos menos graves do que acabei de sugerir — ou menos aparatosos — sem chegar a banalizar a aplicação da norma. Estou a pensar em factos que mostrem objectivamente, e repetidamente, o desin-

teresse total, a falta radical de cooperação e de comprometimento na “vida da família que fundaram” (art. 1674.º), a negligência grosseira a que se vota um cônjuge ou os filhos comuns. Afinal, e voltando a fazer apelo à tradição jurisprudencial portuguesa, estou a pensar em casos que podem não apresentar a gravidade de outros mas que, pela sua “reiteração”, tornam a vida em comum inexistente ou inexigível.

Para satisfazer estes requisitos, a redacção desta alínea *d*) poderia ser:

d) Quaisquer outros factos que, pela sua gravidade ou reiteração, mostrem a ruptura definitiva do casamento, independentemente da culpa dos cônjuges.

Nestas condições, seria previsível que um cônjuge pudesse obter imediatamente a dissolução do casamento, sem necessidade de viver em separação de facto, desde que provasse actos de violência doméstica graves, ou tentativas de crimes relativamente a familiares próximos, capazes de convencer um tribunal que não era previsível, nem exigível, o restabelecimento de uma vida em comum própria do casamento.

Pode não ser tão fácil imaginar situações em que os actos objectivos não assumem tanta gravidade mas, por força da sua importância e da sua reiteração, são capazes de levar o tribunal à conclusão de que a vida matrimonial se rompeu definitivamente.

Há uma razão importante, de natureza sistemática, que sugere a necessidade de uma aplicação exigente da alínea *d*).

⁽¹¹⁾ BOELE-WOELKI *et al.*, *Principles of European Family Law Regarding Divorce and Maintenance Between Former Spouses*, cit., p. 51-8.

⁽¹²⁾ *Id.* p. 53-4.

Na verdade, a aplicação da nova alínea deve ser feita no seu contexto, isto é, em harmonia com as alíneas anteriores.

A norma mais conhecida e aplicada é a que permite a dissolução baseada na demonstração objectiva da separação de facto entre os cônjuges, agora durante um ano. Ou seja, a norma paradigmática desta via de divórcio estabelece um padrão de exigência quanto aos índices objectivos de ruptura definitiva do casamento: separação de facto durante um ano. Em face desde dado objectivo, a lei obriga o tribunal a decretar o divórcio; nenhum juiz pode duvidar de que aquele facto objectivo, com aquela duração, mostra a ruptura do casamento.

O mesmo se pode dizer quanto às outras causas determinadas objectivas — a ausência sem notícias e a alteração das faculdades mentais.

No âmbito da alínea *d*), o tribunal ganha uma margem de apreciação que as anteriores alíneas não lhe confere. Assim, o tribunal fica com a liberdade indispensável para reconhecer quando é que certos factos (não previstos na lei), mostram a ruptura definitiva do casamento; e o juiz não tem um elenco de factos relevantes, nem um prazo mínimo de duração, que o possa guiar no seu juízo.

Nestas condições, certos factos muito graves chegam bem para sustentar a conclusão sobre a ruptura, sem que tenham que repetir-se ou prolongar-se no tempo; e sem que seja concebível exigir que um cônjuge se separe e espere um ano, para se divorciar. Outros factos — menos graves mas reiterados — podem fundamentar a mesma conclusão sobre a ruptura, desde que forneçam uma prova tão

clara como a que resulta da separação de facto por um ano ⁽¹³⁾.

Mas não terá sentido que o tribunal aplique a nova alínea *d*) de um modo *mais condescendente* do que quando aplica a alínea *a*). Quero dizer: o caminho previsto na nova alínea não deve autorizar uma dissolução mais “facilitada”, baseada numa prova *menos consistente* da ruptura do casamento ou num juízo sobre uma ruptura *verosímil*, em vez de “definitiva”.

Uma atitude mais condescendente em relação às exigências de prova que a lei definiu para as três primeiras alíneas poderia dar a sugestão de que a alínea *d*), afinal, poderia servir como um caminho para o divórcio simplesmente a-pedido de um dos cônjuges, por razões subjectivas, ou, pelo menos, ficar a meio do caminho entre um divórcio-ruptura, por causas objectivas, e um divórcio a-pedido ⁽¹⁴⁾.

Acresce que a história das iniciativas legislativas em torno do divórcio, nos últimos anos, mostra que o Parlamento não quis acolher um regime de divórcio a-pedido; pretendeu apenas reforçar o sistema do divórcio-ruptura, que se baseia em índices objectivos da falência irreversível do matrimónio.

⁽¹³⁾ Um caso difícil poderá ser aquele em que um cônjuge pede o divórcio alegando factos que não revestem a tradicional “gravidade”, mas são importantes e reiterados, de tal modo que configuram uma vida conjugal humana e afectivamente “muito pobre”. Quando é que uma vida conjugal “muito pobre” e “muito desinteressante” pode justificar um juízo de ruptura definitiva do casamento? Se, nos termos da alínea *a*), a completa ausência de vida conjugal tem de perdurar por um ano para justificar a dissolução, quanto tempo será necessário para que um tribunal se convença da ruptura definitiva, irreversível, no caso de uma vida conjugal subsistente, mas “muito pobre”?

⁽¹⁴⁾ A progressiva condescendência dos tribunais espanhóis, em face de uma norma semelhante, chegou ao ponto de dar relevância à alegação da “falta de afecto”. Nestas condições, não foi surpreendente que, ao fim de uns anos, a reforma de 2005 tivesse vindo a consagrar um divórcio unilateral a-pedido.

Creio, pois, que uma interpretação leal da nova lei deve respeitar as intenções declaradas da maioria parlamentar e deve manter-se dentro dos limites sistemáticos de todo o art. 1781.º

4. Abandono da declaração de culpas

O abandono da declaração de culpas é um simples corolário da eliminação do divórcio por “causas subjectivas” e da irrelevância da culpa.

A declaração de culpa nem sequer era verdadeiramente apropriada no quadro de um divórcio-ruptura, que se decreta com base na simples demonstração dos factos objectivos que indiciam o rompimento definitivo dos laços matrimoniais.

V. Consequências do divórcio

1. Cessação da afinidade

Segundo a lei anterior, a afinidade não cessava nem com a morte nem com o divórcio. A permanência dos laços de afinidade no caso de divórcio já suscitara “as maiores reservas” a PEREIRA COELHO⁽¹⁵⁾.

A nova lei faz cessar a relação de afinidade com o divórcio.

Suponho que este é o regime “natural” — ao contrário daquele que vigorava — tendo em conta que a relação de afinidade nasce com a celebração

do casamento; não é nada de estranhar que a relação cesse com o termo do casamento.

Os casamentos são cada vez mais um assunto privado dos cônjuges, e envolvem menos as respectivas famílias. Por outro lado, os divórcios sucedem-se, e as núpcias repetidas também, sendo pouco realista supor que cada indivíduo vai mantendo relações sociais relevantes com os vários conjuntos de afins que conheceu mais ou menos fugazmente ao longo da vida.

2. Irrelevância da culpa para regular as consequências patrimoniais

As consequências patrimoniais do divórcio estavam reguladas com base na declaração de culpas e na sua graduação, quer a dissolução tivesse seguido o caminho da alegação de violações culposas dos deveres conjugais, quer tivesse sido baseada na separação de facto (art. 1787.º da lei revogada).

A Lei n.º 61/2008 abandonou a relevância da culpa — tanto para fundamentar o divórcio como para regular as consequências patrimoniais da dissolução.

A ideia de sanção — o divórcio podia ser um castigo para o culpado — mesmo reduzida às consequências patrimoniais, tornou-se progressivamente fora-de-moda na regulamentação do divórcio, na Europa.

A progressiva “sentimentalização”⁽¹⁶⁾ do casamento e da família tendeu a separar os *afectos* do *património*. Depois do apogeu da “patrimonializa-

⁽¹⁵⁾ *Curso de Direito da Família*, vol. 1, *Direito Matrimonial*, 4.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2008, p. 47.

⁽¹⁶⁾ Cfr. a *Exposição de motivos* do Projecto de Lei do Divórcio.

ção” que terá justificado, no século dezasseis, a autorização prévia da família para o casamento, gerou-se um movimento de privatização e de sentimentalização que veio a sublinhar a pessoa dos “noivos” em detrimento das famílias na época romântica, que acentuou a natureza contratual do acto como acordo de vontades; mas que deu acolhimento às ideias de sanção, de inocência e de culpa. Mais recentemente, a relevância do amor, dos afectos em geral, a alteração das fortunas que desvalorizou os acordos pré-nupciais e o controlo das famílias, a banalização do divórcio e das famílias recombinadas, desprenderam o casamento das preocupações patrimoniais.

Há cinquenta anos, os revisores do Código Civil abandonaram a comunhão geral de bens como regime supletivo, com a alegação de que o casamento não devia ser um meio de adquirir bens — e sê-lo-ia sempre que um nubente mais pobre casasse com um mais rico ⁽¹⁷⁾. Os mesmos legisladores desconfiaram do amor de quem tivesse mais do que cinquenta anos... e impuseram a separação de bens nesses casamentos tardios ⁽¹⁸⁾. Na mesma linha, hoje parece insólito aumentar a fortuna pelo simples facto de estar, ou de ter estado, casado.

Sem prejuízo da afirmação anterior, deve admitir-se que havia mais do que um caminho para regular toda a matéria das consequências patrimoniais do divórcio. Assim, teria sido possível eliminar a via do divórcio com base na alegação de

factos culposos (art. 1779.º da lei anterior) e, não obstante, manter a relevância da culpa no âmbito do divórcio com base na ruptura do casamento, para efeitos patrimoniais, como fazia o art. 1782.º, n.º 2, da lei anterior, para o caso do divórcio com base na separação de facto. Este modo de regular as questões pressupunha, como se sabe, que a culpa não seria relevante para fundamentar a decisão de dissolver o casamento, mas seria relevante, num segundo momento, para atribuir benefícios ou para infligir castigos patrimoniais. Porém, a Lei n.º 61/2008 preferiu eliminar totalmente a relevância da culpa — tanto para fundamentar o divórcio como para regular as consequências patrimoniais da dissolução.

Também teria sido possível adoptar uma versão ainda mais moderada da relevância da culpa: para além de ela ser relevante apenas para regular as consequências patrimoniais do divórcio (cfr. o parágrafo anterior) esta relevância poderia estar limitada no tempo — a declaração de culpa, e a sua graduação tradicional, ainda poderiam ser pedidas durante um período de tempo fixado a partir da entrada em vigor da lei nova ⁽¹⁹⁾.

3. Partilha dos bens

A lei anterior previa um regime quanto à partilha dos bens que pretendia beneficiar o cônjuge

⁽¹⁷⁾ GUILHERME BRAGA DA CRUZ, *O Problema do regime matrimonial de bens supletivo, no novo código civil português (Estado actual da questão)*, in “Boletim do Ministério da Justiça”, n.º 53, Fevereiro, 1956, p. 173-204, p. 186-187.

⁽¹⁸⁾ Art. 1720.º, na versão anterior à Reforma de 1977.

⁽¹⁹⁾ Na verdade, numa versão inicial do anteprojecto da Lei n.º 61/2008, previa-se um regime de transição em que, durante cinco anos, era possível requerer a declaração de culpas e a sua graduação, aplicando-se as normas então vigentes sobre as consequências patrimoniais do divórcio. Previa-se, pois, um regime transitório, que não foi seguido nas versões seguintes.

inocente ou menos culpado, e castigar patrimonialmente o cônjuge único culpado ou mais culpado (art. 1790.º).

Segundo a lei nova, se o casamento terminar por divórcio, a partilha é feita segundo o regime da comunhão de adquiridos. Deste modo, cada cônjuge receberá o que é seu, e receberá metade do património comum que foi adquirido onerosamente, com o esforço conjunto.

Se o casamento terminar por morte, a partilha é feita segundo o regime convencionado pelos cônjuges, respeitando-se o plano inicial tanto quanto eles próprios conservaram o matrimónio.

O plano matrimonial não subsiste com o divórcio; mas subsiste, no outro caso, até à morte.

Esta diferenciação de acordo com o modo de dissolução do casamento não tem tradição em Portugal; mas, para além de ter as suas razões, é bem conhecida no direito alemão, onde, no momento da partilha por divórcio, cada cônjuge pode pedir o reembolso dos valores adquiridos para a comunhão (geral) por sucessão ou doação, com o intuito de evitar que um cônjuge venha a beneficiar de aquisições para que não contribuiu ⁽²⁰⁾.

Mas ainda pode haver quem não acompanhe este despojamento patrimonial do casamento e pense que aquela norma do Código Civil — o art. 1790.º — servia de *protecção* para o cônjuge inocente, ou menos culpado, no divórcio. Creio, porém, que esta protecção já era, neste momento, ilusória. Na verdade, não tenho elementos para fazer a conta certa de quantos cônjuges poderiam

beneficiar dessa *protecção* patrimonial. Mas posso enunciar os requisitos cumulativos que teriam de ser reunidos para que surgisse algum caso: em primeiro lugar, teria de se verificar um divórcio litigioso (cerca de 6% de todos os divórcios); em que o tribunal tivesse declarado um dos cônjuges inocente ou menos culpado; entre cônjuges que tivessem convencionado uma comunhão geral de bens; sendo o único ou o mais culpado aquele que tivesse trazido mais bens para o casamento, ou tivesse recebido mais bens por sucessão ou doação. Só nestas condições cumulativas é que o cônjuge inocente ou menos culpado poderia beneficiar da uma partilha em comunhão geral.

4. O problema do crédito de compensação por contribuições excessivas

O crédito de compensação por contribuições excessivas para os encargos da vida familiar está previsto no Código Civil desde 1977 (art. 1676.º, n.º 2).

Depois de enunciar o princípio de que os cônjuges devem contribuir para os encargos da vida familiar na medida das suas possibilidades, o legislador de 1977 previu o caso de a contribuição de algum dos cônjuges exceder a parte que lhe competia, e reconheceu, neste caso, a existência de um crédito de compensação em favor do cônjuge empobrecido, sobre o cônjuge que beneficiou daquele excesso.

Porém, o legislador de 1977, ao mesmo tempo que reconhecia a injustiça causada pela desigualdade das contribuições, terá pretendido evitar o exercício do direito de compensação que atribuía, na medida

⁽²⁰⁾ § 1478 do BGB.

em que estabeleceu uma presunção de renúncia ao exercício do crédito.

Não são conhecidas as razões desta limitação, e apenas se pode conjecturar que o legislador terá desejado evitar litígios entre os cônjuges, numa época em que poderia parecer *mais* aceitável do que hoje uma entrega total ao matrimónio (porventura por parte da mulher) e era *menos* aceitável do que hoje o reconhecimento de interesses autónomos e conflitantes entre os cônjuges (que podem emergir, por exemplo, de responsabilidade civil ou de contratos entre eles).

A lei nova altera o regime vigente em dois aspectos.

Em primeiro lugar, elimina a *presunção de renúncia* ao exercício do crédito.

A presunção de renúncia sugeria uma provável condição menor da mulher casada, que é suposta renunciar à sua vida pessoal, “abandonar pai e mãe” e seguir o marido, porque são “dois numa só carne”.

É mesmo que as afirmações anteriores resultem de um preconceito injustificado, não tenho dúvida de que a presunção de renúncia é injusta. É certo que o titular do direito sempre pôde demonstrar que não renunciou ao exercício do direito; mas esta prova de que não renunciou (facto negativo) é evidentemente muito difícil, e ainda por cima recai sobre quem já foi penalizado antes pelo excesso de contribuições.

Creio que não se deve exigir ao cônjuge já sacrificado mais que as regras gerais de Direito impõem: a prova dos factos constitutivos da sua pretensão, e não mais do que isto.

Em segundo lugar, a lei nova reconhece o crédito apenas nas situações de *excesso manifesto*. Isto

é, afasta a relevância da desigualdade de contribuições tangencial ou pouco relevante e admite só os casos mais óbvios de excesso, que são os mais dignos de tutela jurídica e os mais fáceis de provar com segurança.

Em suma, a lei nova, por um lado, admite a produção da prova dos factos constitutivos do direito do titular segundo as regras gerais de processo, facilitando a correcção da injustiça que se traduziu na desigualdade das contribuições; por outro lado, só dá relevância aos casos mais significativos e mais fáceis de provar, restringindo deste outro modo a aplicação do regime.

E quando é que há *excesso manifesto* de uma contribuição sobre a outra?

Em que casos há um crédito de compensação? ⁽²¹⁾

Há um crédito de compensação quando um cônjuge excedeu manifestamente o seu investimento na vida em comum, quando um cônjuge desinvestiu na sua vida pessoal em favor do casamento, mais do que seria exigível. Segundo os paradigmas tradicio-

⁽²¹⁾ Não pode afirmar-se que os cônjuges devem manter uma contabilidade organizada durante o casamento, que se verão obrigados a guardar os recibos dos pagamentos que cada um faz, que o cônjuge que tem um ordenado maior vai ter direito a uma compensação, etc.

Estas afirmações estariam tecnicamente erradas.

Não interessa guardar as facturas que cada cônjuge paga porque, provindo o dinheiro quer dos salários quer dos rendimentos dos bens comuns, todas as facturas são pagas com património comum — e portanto são sempre os dois a pagar... nenhum cônjuge paga mais do que o outro.

O facto de um cônjuge ganhar muito mais do que outro também é irrelevante: são sempre os dois a pagar, porque os salários entram para o património comum.

Por outro lado, a diferença do montante dos salários de cada cônjuge, ou a ausência de trabalho remunerado de algum deles, também foi considerado na regra geral de que cada um contribui segundo as suas possibilidades e de que a contribuição pode ser prestada em trabalho despendido no lar ou na manutenção e educação dos filhos. Não dá origem, só por si, a qualquer crédito de compensação.

nais, esperava-se que a mulher fosse esse cônjuge que se entregava totalmente à vida em comum.

Assim, o “caso típico” do titular do crédito de compensação é o da mulher que não acabou os estudos, que não fez cursos de formação profissional, que abandonou o emprego, que aceitou um emprego em tempo parcial, que aceitou um emprego pior mais perto de casa, que não pôde aceitar uma promoção que implicaria a sua deslocação para uma filial afastada, e que por qualquer destas razões fez descontos mais modestos para a segurança social e terá uma reforma menor. Em regra, o desinvestimento na vida pessoal implica ainda o afastamento das pessoas amigas, e o abandono de outras práticas de lazer.

Um cônjuge assim, contribuiu com muito mais do que as suas possibilidades recomendariam; exce-
20 deu manifestamente o dever de assistência, e o dever de cooperação, que lhe cabiam.

Este cônjuge — que prova *um desinvestimento manifesto na vida pessoal em favor da vida de casado* — tem direito a um valor que o compense desse prejuízo e lhe favoreça alguma recuperação do padrão de vida que poderia ter tido — por exemplo, um valor que pague estudos tardios ou formação profissional, ou um valor que acrescente a pensão de reforma modesta a que tem direito.

Todos os cônjuges prestam solidariedade e recebem solidariedade matrimonial. Por isso, todos os cônjuges têm direito a partilhar o património comum que existir à data da cessação do casamento, em partes iguais; os dois cônjuges que fizeram contribuições proporcionais às suas possibilidades dividem por metade o património comum. Mas o cônjuge que se entregou ao casamento em condições de manifesta desigualdade, que ficou assim prejudicado, deve ter

um direito especial, o direito de ser compensado pelo excesso manifesto; que deve acrescer ao direito normal à meação do património comum.

Não havendo regra específica para satisfazer este crédito, devem seguir-se as regras comuns: o crédito de compensação dirige-se contra o “outro” (art. 1676.º, n.º 2); e “os créditos de cada um dos cônjuges sobre o outro são pagos pela meação do cônjuge devedor no património comum; mas, não existindo bens comuns, ou sendo estes insuficientes, respondem os bens próprios do cônjuge devedor” (art. 1689.º, n.º 3).

5. Benefícios

A alteração do regime previsto pelo art. 1791.º é uma consequência do abandono total da relevância da culpa e da sua graduação, no processo de divórcio.

Uma regulação do destino dos benefícios atribuídos em vista do casamento ou em consideração do estado de casado não parecia ter muitas alternativas — ou se ignorava a alteração do estatuto matrimonial e se conservavam os benefícios, ou se fazia caducar as atribuições; com a possibilidade de se considerar alguma forma de transmissão das vantagens para os filhos do casal.

A Lei n.º 61/2008 optou pela caducidade dos benefícios atribuídos a ambos os cônjuges. Não podendo fazer distinção entre culpados e inocentes, tornou-se inevitável seguir a solução que evita conceder vantagens a um culpado; que separa os afectos matrimoniais de qualquer vantagem patrimonial; e que acolhe o princípio geral de que a cessação da *causa* dos efeitos jurídicos deve fazer cessar estes efeitos.

A eventual transmissão das vantagens para os filhos do casal poderia ter seguido o caminho de uma

transmissão automática e imperativa; de uma transmissão assente na renúncia do titular (como no art. 1791.º, n.º 2, da lei revogada); ou de uma transmissão pretendida pelo autor da liberalidade. Seguiu-se este último caminho: o autor “pode determinar que o benefício reverta para os filhos do casamento”⁽²²⁾. Esta solução é a que parece respeitar melhor o projecto e a autonomia do autor da liberalidade.

6. Reparação de danos. Ilícitos matrimoniais — ilícitos civis

Ainda e sempre com o fundamento da irrelevância da culpa, e da ausência de uma declaração e graduação das culpas, a Lei n.º 61/2008 modificou muito o regime que vigorava sobre reparação de danos.

A dissolução do casamento assenta num princípio de ruptura objectiva, baseada em factos que mostram a cessação definitiva do projecto matrimonial. Sendo assim, não se procura um culpado nem um principal culpado; nem um inocente, que possa ser considerado o lesado, e portanto o titular de um direito de indemnização pela violação dos deveres conjugais. Seguindo esta lógica até ao fim, poderia nem se encontrar, de todo, uma previsão de “reparação de danos”.

O art. 1792.º vigente, porém, prevê que possa haver lugar a responsabilidade civil, nos termos gerais. Ou seja: é verosímil que certos factos praticados por um cônjuge constituam ilícitos civis, violações dos direitos de personalidade do outro cônjuge, dignos de tutela do Direito. As pretensões de indemnização devem ser apresentadas nos tribunais próprios, apre-

ciadas e decididas com os critérios próprios da responsabilidade civil entre cidadãos⁽²³⁾. Mas estas discussões estarão sempre fora do processo que leva à dissolução do casamento; as pretensões de indemnização serão apresentadas sempre por pessoas cujo casamento já foi dissolvido num tribunal de Família.

Os ilícitos que podem fundamentar uma obrigação de indemnizar, portanto, não resultam da mera violação de deveres especificamente conjugais; os ilícitos resultam da violação de deveres gerais de respeito, de ofensas a direitos de personalidade e a direitos fundamentais. Por exemplo: um adultério não tem de ser fundamento para uma indemnização; mas sê-lo-á, provavelmente, se for acompanhado de publicidade ou de qualquer forma de crueldade moral. Esta foi a ideia que presidiu às alterações; mas, afinal, serão os tribunais a dar corpo ao regime.

7. Modificação posterior do acordo sobre a casa de morada da família

Tem vindo a ser discutida na jurisprudência a questão de saber se o acordo sobre a utilização da casa de morada de família pode vir a ser modificado depois do divórcio por mútuo consentimento, a pedido de qualquer dos ex-cônjuges. Uma das soluções afirma, sumariamente, que o acordo sobre a casa de morada de família é um requisito do divórcio por mútuo consentimento que, depois de homologado, faz caso julgado e se esgota no cumprimento dos seus termos; e que não há uma norma que contrarie esta afirmação e preveja a faculdade de altera-

⁽²²⁾ Na falta de restrições legais, a determinação pode ser feita em qualquer momento.

⁽²³⁾ Para ser inteiramente explícito, o novo texto deveria dizer “... responsabilidade civil extracontratual ...”.

ção posterior. A outra solução afirma que, sem deixar de ser requisito do divórcio, o acordo sobre a casa de morada deve beneficiar do mesmo regime da jurisdição voluntária que se aplica aos outros acordos preliminares do divórcio, para que se possa fazer justiça nas relações entre os ex-cônjuges ⁽²⁴⁾.

A Lei n.º 61/2008, ao acrescentar o n.º 3 ao art. 1793.º, pretendeu explicitar a possibilidade de alteração posterior do acordo com base em motivos atendíveis, segundo as regras gerais da jurisdição voluntária.

8. Responsabilidades parentais depois do divórcio ⁽²⁵⁾

a) Exercício conjunto das responsabilidades parentais

São conhecidas as tentativas de introduzir no direito português o modelo do exercício conjunto das responsabilidades parentais ⁽²⁶⁾.

⁽²⁴⁾ Como se diz no Ac. da Relação do Porto, de 2-5-2007 (PINTO FERREIRA), depois de uma revisão da jurisprudência sobre a matéria, "... vemos que desde alterações do uso da casa de morada de família a quem inicialmente fora atribuída, ora por abandono intencional e querido ou por se retirar para outro local, ora por aquisição de outra morada, de modificação e alteração da guarda e cuidados dos filhos, da mãe para o pai e deste para aquela e que justificaram e pesaram mesmo a entrega da casa de morada de família, ora por alteração imprevisível dos rendimentos até então auferidos ou mesmo ainda por dificuldades económicas não previstas anteriormente, vários casos reais têm sido e são ainda colocados à apreciação jurisdicional".

⁽²⁵⁾ A Lei n.º 61/2008 não alterou o regime da obrigação de prestação de alimentos que impende sobre os progenitores. O tribunal homologará um acordo dos pais ou decidirá segundo o interesse do menor.

Por lapso, o novo art. 1905.º só tem um número — referente ao acordo — quando devia ter um número dois assim formulado: "Na falta de acordo, o tribunal decidirá de harmonia com o interesse do menor". Mas não será pela falta do texto que os tribunais deixarão de seguir este *standard* de actuação.

⁽²⁶⁾ MARIA CLARA SOTYOMAYOR, *Regulação do exercício do poder paternal nos casos de divórcio*, 4.ª ed., Coimbra, Almedina, 2002, p. 147 e segs.

O Código Civil de 1966 mantinha a prevalência total da autoridade paterna mesmo no caso de divórcio, e mesmo que o filho passasse a residir só com a mãe. A Reforma de 1977 corrigiu este regime impraticável — o filho a residir quase sempre com a mãe e o pai a deter todos os poderes — estabelecendo que o poder paternal seria exercido, exclusivamente, pelo progenitor a quem o filho fosse confiado (art. 1906.º, n.º 1). Embora ainda não se falasse, nesta versão do Código, no exercício conjunto do poder paternal, já teria sido possível praticá-lo com base na possibilidade de regular o destino dos filhos "por acordo dos pais, sujeito a homologação dos tribunais" (art. 1905.º, n.º 1).

Em 1995, apesar de se manter o princípio de que "o poder paternal é exercido pelo progenitor a quem o filho foi confiado", o art. 1906.º, n.º 2, passou a prever que os pais pudessem "acordar (...) o exercício em comum do poder paternal, decidindo as questões relativas à vida do filho em condições idênticas à que vigoram para tal efeito na constância do matrimónio"; nas condições dos arts. 1901.º a 1903.º Ou seja: os dois progenitores decidiriam em conjunto os "actos de particular importância"; na falta de acordo o tribunal poderia ser chamado a decidir; e qualquer dos cônjuges poderia decidir sozinho sobre "actos da vida corrente", presumindo-se o consentimento do outro.

Em 1999, depois de uma tentativa de estabelecer o princípio do exercício conjunto do poder paternal, contida no projecto de lei do ano anterior que reabriu a questão, o regime legal não mudou muito. De facto, o exercício conjunto continuou a depender do acordo dos pais; e o exercício exclusivo por parte do progenitor a quem o filho foi confiado continuou a

ser a regra aplicável, embora tivesse passado a carecer de uma “decisão fundamentada” (art. 1906.º, n.º 2).

A discussão sobre esta matéria é sempre apaixonada. Por ser assim, às vezes os adversários do exercício conjunto das responsabilidades parentais não tomam na devida conta a distinção entre actos importantes e actos do dia-a-dia, e contestam que os dois progenitores tenham de pôr-se de acordo acerca de toda a condução de toda a vida do filho. Este modelo maximalista, embora esteja a ser aplicado em vários países⁽²⁷⁾, pode sujeitar-se a críticas fáceis nos ordenamentos em que há uma tradição de exercício exclusivo das responsabilidades parentais. As críticas centram-se, naturalmente, nas dificuldades práticas de resolver todos os actos da vida do filho em colaboração, sendo certo que os pais não vivem juntos nem é provável que comuniquem bem um com o outro. Compreende-se que os opositores à ideia de exercício conjunto apenas condescendam nesta prática nos casos excepcionais em que os pais o requeiram por acordo.

O reconhecimento, ou a suspeita, daquelas dificuldades práticas levaram a Lei n.º 61/2008 a esclarecer nitidamente as esferas de competência dos dois progenitores. Com efeito, o exercício conjunto das responsabilidades parentais veio a ser imposto apenas quanto às “questões de particular importância”, deixando-se a decisão exclusiva dos actos da vida corrente para o progenitor com quem o filho está.

As “questões de particular importância” — como quer que a jurisprudência e a doutrina vier a defini-las — serão sempre acontecimentos raros. Os dois

progenitores, assim, apenas terão a necessidade de cooperar episodicamente, e sempre à volta de assuntos que, por serem importantes para a vida do filho, porventura os chamarão à sua responsabilidade de pais e à contenção recomendável para essas ocasiões.

Por sua vez, a decisão dos “actos da vida corrente” ficará inteiramente na esfera do progenitor com quem o filho vive, ou com quem o filho se encontra temporariamente, sem necessidade de se procurar o consentimento do outro nem de se presumir este consentimento. As decisões — que serão mais frequentes e terão de ser rápidas — estarão a cargo só de um progenitor.

Este último regime vale também para os períodos em que o filho se encontra com o progenitor com quem não vive; também este fica livre para tomar as decisões quotidianas e rápidas. Mas, por uma questão de respeito pelo progenitor com quem o filho vive mais tempo, e por respeito pela estabilidade do próprio filho, a liberdade de decidir fica condicionada às “orientações educativas mais relevantes” a que o filho se habituou, que são definidas pelo progenitor com quem o filho passa mais tempo.

É claro que o tribunal deve assumir a responsabilidade de se desviar do regime-regra sempre que tiver razões bastantes para o fazer, para entregar o exercício das responsabilidades parentais nas “questões de particular importância” a um só progenitor (art. 1906.º, n.º 2); o princípio estabelecido na lei cede, evidentemente, perante o juízo fundamentado do tribunal⁽²⁸⁾.

²⁷ BOELE-WORLXI et al., *Principles of European Family Law Regarding Parental Responsibilities*, Commission on European Family Law, Antwerp-Oxford, Intersentia, 2007, p. 60-2.

²⁸ O regime do exercício conjunto das responsabilidades parentais vale independentemente do tipo de divórcio que conduz à dissolução do casamento. No divórcio por mútuo consentimento na conservatória do registo civil,

Pode perguntar-se se os progenitores podem, em qualquer tipo de processo de divórcio, acordar em que o exercício das responsabilidades parentais cabe totalmente apenas a um deles; afastando-se, voluntariamente, do regime-regra introduzido pela Lei n.º 61/2008.

A resposta parece-me, obviamente negativa. De facto, o regime do art. 1906.º não é um regime supletivo, que valha apenas quando não for afastado pela vontade dos particulares; o regime é imperativo, quer responder àquilo que supõe ser o interesse do filho relativamente à ligação com os seus progenitores depois do divórcio, e só pode ser afastado por uma decisão autónoma e fundamentada do tribunal ⁽²⁹⁾.

E o tribunal pode fazer sua a disposição dos pais, homologando o acordo que eles façam? Pode aceitar que, se os progenitores acordam no exercício exclusivo, então o interesse do filho é neste sentido? A resposta é a seguinte: o tribunal não tem de aceitar o acordo, nem deve fazê-lo facilmente; mas pode entender que, perante o acordo dos pais e todas as circunstâncias que conheça, o exercício conjunto, mesmo só nas “questões de particular importância”, é contrário aos interesses do filho. Ou seja, o tribunal aplica o regime do art. 1906.º, n.º 2, como em qualquer caso, assumindo razões próprias e assumindo a responsabi-

lidade autónoma pela decisão; não se limita a aceitar o acordo, por ser um acordo espontâneo ou por ser bom manter os interessados de acordo.

Vale a pena acentuar que o regime da Lei n.º 61/2008 não altera quase nada do que se refere à *guarda física* dos filhos. Tal como dantes, o tribunal pondera os acordos dos pais e os interesse dos filhos, e acabará por decidir com quem o filho vai viver, qual a distribuição do tempo que ele passará com cada um dos progenitores e com outras pessoas relevantes para o menor. Concretamente, a imposição do exercício conjunto das responsabilidades parentais não tem nada a ver com as ideias conhecidas da guarda física conjunta, alternada, etc.

A pequena alteração que a Lei introduziu consta do art. 1906.º, n.º 5, e resume-se à adição de um factor de ponderação que o tribunal deve tomar em conta quando determina a residência ⁽³⁰⁾ do menor: a disponibilidade manifestada por cada um dos pais para promover relações habituais do filho com o outro progenitor ⁽³¹⁾.

b) “Questões de particular importância” e “actos da vida corrente”

Desde que o regime da lei assenta na distinção entre “questões de particular importância” e “actos da

cabe ao ministério público apreciar a legalidade e o mérito do acordo dos pais, para concluir que ele é aceitável, ou que deve ser modificado, ou que, finalmente, deve ser rejeitado — na hipótese de os pais não se conformarem com as alterações sugeridas.

Se o ministério público considerar o acordo aceitável, o conservador homologa-o e decreta o divórcio (art. 1776.º-A, n.º 3, e art. 1776.º, n.º 1, parte final); no caso contrário, o conservador não pode homologá-lo nem decretar o divórcio, cabendo-lhe remeter o processo para o tribunal.

⁽²⁹⁾ Ou da conservatória, quando é o conservador a decidir apoiado pelo parecer do Ministério Público.

⁽³⁰⁾ Quando se usou a expressão “O tribunal determina a residência” pretendeu-se, manifestamente, que o tribunal determine com quem é que o filho vai viver, provavelmente com carácter habitual.

⁽³¹⁾ Por inspiração da Lei da Califórnia, pioneira na atribuição dos poderes de exercício conjunto das responsabilidades parentais: “3040. (a) Custody should be granted in the following order of preference according to the best interest of the child as provided in Sections 3011 and 3020:

(1) To both parents jointly pursuant to Chapter 4 (commencing with Section 3080) or to either parent. In making an order granting custody to either parent, the court shall consider, among other factors, which parent is more likely to allow the child frequent and continuing contact with the noncustodial parent (...).”

vida corrente”, é preciso qualificar as questões relativas à vida do filho, para se saber a quem cabe a responsabilidade da decisão, em cada caso de conflito.

Deve assinalar-se, em primeiro lugar, que a distinção é conhecida do direito português desde 1977; com efeito, o art. 1902.º recorreu a estes conceitos indeterminados para afastar a técnica da “presunção de consentimento” que vale, em princípio, entre os progenitores casados ⁽³²⁾ ⁽³³⁾.

Em segundo lugar, sempre foi possível encontrar nas leis e na doutrina estrangeira tentativas consistentes para auxiliar os tribunais na tarefa de concretização daqueles conceitos ⁽³⁴⁾.

E hoje, a doutrina portuguesa também já fornece orientações valiosas para a aplicação da lei ⁽³⁵⁾.

³² Cfr. o Tribunal da Relação do Porto, em 29-11-2006: “... embora o conceito de “acto de particular importância” seja vago e relativo (a necessitar de integração casuística), não pode oferecer dúvidas que a propositura de uma acção ou a dedução de embargos para defesa do direito sobre o imóvel (em que pode estar em causa a perda de algum direito a ele relativo), deve ter-se como um acto de particular importância. E em 16-9-2004: “Entendemos, todavia, que a própria lei portuguesa não dispensava o consentimento da mãe para remoção dos menores de Inglaterra para Portugal. É que, como refere o n.º 2 do art. 1901.º do Cód. Civil, os pais exercem o poder paternal de comum acordo e, se este faltar em questões de particular importância (como seja a retirada dos menores da convivência com a mãe e o seu afastamento para outro país), deverá ser o tribunal a obter a conciliação ou a decidir”.

Cfr. o Tribunal da Relação de Évora, em 19-6-2008: “Como se disse, se a matrícula de crianças em estabelecimentos de ensino público se configura como acto de normal e usual importância, já a matrícula em estabelecimentos de ensino particular representa um acto de particular importância pelas implicações patrimoniais que acarreta aos progenitores.

³³ Fiz uma pequena referência ao art. 1901.º, e à noção de “acto de particular importância” numa pequena anotação ao Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 2 de Março de 1999, para afirmar que o exercício do direito de queixa deve caber naquele âmbito — cfr. GUILHERME DE OLIVEIRA, “O Poder Paternal e o Exercício do Direito de Queixa — Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 2 de Março de 1999”, in *Temas de Direito da Família*, Coimbra, Coimbra Editora, 2001, p. 359.

³⁴ BORLE-WOELKI *et al.*, *Principles of European Family Law Regarding Parental Responsibilities*, cit., p. 86-90.

³⁵ Cfr. HUGO RODRIGUES, *Questões de particular importância no exercício das responsabilidades parentais*, Coimbra, Coimbra Editora/Centro de Direito da Família, no prelo, p. 90-5, da versão policopiada.

Embora nunca possa dar-se por encerrada a lista dos actos que merecem caber num conceito ou noutro — e esta é uma vantagem da indeterminação — as sugestões provindas de todas as fontes mostram que as “questões de particular importância” não ocorrerão com frequência; mostra, portanto, que a frequência dos casos em que a nova lei impõe o exercício conjunto é baixa. Na verdade, quantas são as crianças que vão viver para o estrangeiro, quantas são submetidas a intervenções cirúrgicas graves, quantas fazem opções religiosas fundamentais, etc.? E, sobretudo, quantas são as que passam por situações dessas cumulativamente, de tal modo que os seus progenitores sejam forçados a manter comunicações frequentes? A baixa ocorrência destes casos — e o excessivo dramatismo com que se receiam conflitos permanentes — parece-me evidente.

Não se pode estranhar que, numa jurisprudência escassa como a jurisprudência portuguesa sobre esta matéria, os representantes dos progenitores desavindos forcem os tribunais ao esclarecimento da distinção entre “questões de particular importância e “actos da vida corrente”; os tribunais, com a sua autoridade, são o local próprio para se obter uma definição consistente que estabilize a prática e desdramatize o assunto ⁽³⁶⁾.

c) Delegação de responsabilidades parentais no caso de famílias recombinadas

O momento da alteração da lei do divórcio talvez tivesse sido azado para introduzir no nosso

³⁶ MANUEL DE ANDRADE escreveu um dia que “é com a aplicação que o Direito cumpre o seu destino”; e acrescentou: “... o juiz [é] ... a viva voz do Direito” (*Sentido e valor da Jurisprudência*, Separata do vol. XLVIII, de 1972, do Boletim da FDUC, p. 37-8).

Direito uma solução para as “famílias recombinadas”. Procura-se, em todo o espaço europeu, um estatuto jurídico para os cônjuges dos progenitores com filhos à sua guarda ou, mais amplamente, para todos os companheiros desses progenitores.

O número desses companheiros tem aumentado muito, não apenas porque há muitos divórcios, mas também porque a maioria dos divorciados procura recombinar a sua vida com novos parceiros ⁽³⁷⁾. Estas pessoas, embora estejam presentes no quotidiano das crianças, e portanto desempenhem papéis fundamentais no cuidado destas, não são alvo de uma consideração jurídica nos sistemas de muitos países. Em alguns destes países, a própria linguagem, e o imaginário infantil clássico, desvalorizam a figura dos cônjuges ou companheiros — são os padrastos e as madrastas ⁽³⁸⁾. Também é certo que, em alguns sistemas jurídicos, já se deram passos interessantes ⁽³⁹⁾; é o caso da Alemanha ⁽⁴⁰⁾ e da Suíça ⁽⁴¹⁾, onde o padrasto ou a madrasta têm o exercício das responsabilidades parentais nos “assuntos da vida corrente”.

Portugal pertence ao primeiro grupo. O homem que vive com a mãe pode autorizar a prática de um acto médico banal sobre a criança? O cônjuge da mãe pode assinar uma autorização para a deslocação de uma criança em visita de estudo?

A Lei n.º 61/2008 introduziu uma regra sobre o assunto — o art. 1906.º, n.º 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”. Este texto quis autorizar o progenitor com quem o filho vive, ou com quem ele se encontra temporariamente, a delegar os seus poderes de exercício, livremente, num novo cônjuge ou companheiro. Os seus poderes de exercício podem ser delegados sem o titular ter de pedir autorização ao outro progenitor, e sem se “presumir” o consentimento deste — o titular é livre de os ceder.

d) Equiparação entre divórcio, ruptura da união de facto e pais não casados que vivem separados

A Lei n.º 61/2008 partiu da ideia de que, relativamente ao exercício das responsabilidades parentais, é irrelevante que os pais sejam casados ou vivam em união de facto — o que importa é saber se os pais vivem juntos ou separados. Isto é que importa para se procurar a satisfação dos interesses dos filhos menores.

É esta ideia que explica que, vivendo os pais em condições análogas às dos cônjuges, o exercício das responsabilidades parentais devem seguir as normas que valem para os progenitores casados (art. 1911.º, n.º 1). Segundo a mesma lógica, quando os pais rompem a união de facto, tudo se passa como se fossem casados e se divorciassem — aplicam-se as normas que valem para o divórcio (art. 1911.º, n.º 2). Uma vez que não há um processo de dissolução da convivência onde se determine o regime do

⁽³⁷⁾ As pessoas não se mantêm sós, depois do divórcio, ao contrário de uma opinião corrente, segundo ANÁLIA TORRES em apresentação ao Curso *Família Direito e Sociedade*, com base em dados do *European Social Survey*, de 2002.

⁽³⁸⁾ “A vida é madrasta...”, “uns são filhos e outros enteados...”.

⁽³⁹⁾ Para uma informação actualizada até 2007, veja-se K. Boele-Woelki ed., *Principles of European Family Law Regarding Parental Responsibilities*, Antwerp-Oxford, Intersentia/CEFL, 2007, p. 69-72.

⁽⁴⁰⁾ Par. 1687b, do BGB; par. 9 da lei das uniões de facto.

⁽⁴¹⁾ Art. 299.º do Código Suíço.

exercício das responsabilidades parentais, e a guarda física do filho, é natural que qualquer dos progenitores peça ao tribunal uma regulação destas questões, que seguirá as regras gerais.

Por outro lado, quando os progenitores já vivem separados na ocasião do nascimento, ou quando a filiação é posteriormente estabelecida relativamente ao pai, o caso é idêntico ao dos pais divorciados. Ou seja: ambos exercem as responsabilidades parentais em questões de particular importância, e o exercício das responsabilidades em actos da vida corrente cabe ao progenitor com quem o filho vive, ou com quem se encontra temporariamente. À semelhança do caso da ruptura da união de facto, também aqui não houve uma oportunidade para a regulação do exercício das responsabilidades parentais, e para a determinação da guarda física do filho — o que levará qualquer dos progenitores a requerer essa determinação judicial.

e) Entrega a terceira pessoa

Na lei anterior, a faculdade conferida ao tribunal de entregar o exercício das responsabilidades parentais a uma terceira pessoa resultava do art. 1905.º, n.º 2, parte final. O tribunal podia confiar o menor “a terceira pessoa ou a estabelecimento de reeducação ou assistência”, quando se verificasse alguma das circunstâncias previstas no art. 1918.º

Na Lei n.º 61/2008, pretendia-se manter o regime, omitindo apenas as referências antiquadas à “reeducação” e “assistência”. Porém, ao estabelecer o regime — desta vez noutra local, no art. 1907.º, n.º 1 —, uma redacção deficiente desta norma suscitou dúvidas. A redacção conveniente parecer

ser: “Por acordo, ou por decisão judicial quando se verifique alguma das circunstâncias previstas no art. 1918.º, o filho pode ser confiado à guarda de terceira pessoa ou de instituição”.⁽⁴²⁾

f) Reforço da tutela penal do incumprimento

As decisões judiciais relativas ao exercício das responsabilidades parentais e as decisões respeitantes às obrigações de alimentos não têm o sucesso que deviam ter. O sentimento de que estas sentenças são frequentemente desrespeitadas e de que os infractores beneficiam de grande impunidade está bastante vulgarizado.

Todavia, ninguém duvida da importância excepcional que ambos os temas têm para os interessados. O incumprimento das decisões acerca do exercício das responsabilidades parentais agrava as relações entre os progenitores e têm consequências nefastas para os filhos; o incumprimento das obrigações de alimentos têm os mesmos efeitos desfavoráveis, talvez ainda agravados quando chegarem a pôr em risco a subsistência dos credores.

Sendo conveniente fomentar uma cultura de responsabilização entre os interessados — e aumentar o prestígio das decisões judiciais — a Lei n.º 61/2008 pretendeu simultaneamente dar um sinal de que o sistema jurídico não contemporiza

⁽⁴²⁾ Aparentemente, não havia motivos para alterar o texto do art. 1903.º, referente ao caso de um dos pais não poder exercer as responsabilidades parentais, na constância do matrimónio; apenas se esperava que fosse alterada a expressão “poder paternal”. No entanto, a Assembleia da República acrescentou a parte final da nova redacção: “... ou, no impedimento deste, a alguém da família de qualquer deles, desde que haja um acordo prévio e com validação legal” — frase relativamente obscura.

com o desrespeito sistemático, e dar aos tribunais alguns instrumentos que reforcem a coerção para o cumprimento.

O art. 249.º do Código penal perseguia três tipos de infracções, que se podem definir grosseiramente como a subtracção de menor, a indução decisiva do menor à fuga, e a recusa de entrega do menor ao detentor das responsabilidades parentais. A Lei n.º 61/2008 quis acrescentar a criminalização de comportamentos — dos pais ou de quem tiver exercício de responsabilidades parentais — que são porventura menos graves isoladamente mas assumem grande significado quando são reiterados; e que são também mais frequentes do que os três tipos tradicionalmente previstos. Quis abranger-se todo o tipo de atrasos sistemáticos, de complicações de última hora, de alterações do que ficou combinado, de ausências súbitas, de mudanças de residência não comunicadas, etc. — que não constituem actos graves isoladamente considerados mas que degradam o regime estabelecido, geram represálias, e tornam a execução do regime uma experiência traumática para os filhos.

É assim que se explica o texto do n.º 1, alínea c), que pune com prisão até dois anos ou com pena de multa até 240 dias “(Quem) De um modo repetido e injustificado, não cumprir o regime estabelecido para a convivência do menor na regulação do exercício das responsabilidades parentais, ao recusar, atrasar ou dificultar significativamente a sua entrega ou acolhimento” (43) (44).

⁽⁴³⁾ Cfr., com as mesmas intenções, os arts. 227-5 e 227-6 do código penal francês.

⁽⁴⁴⁾ Sem prejuízo do conteúdo, a redacção da norma deveria ter sido mais perfeita. Devia ter-se mantido a alínea c) que já contava da versão da Lei

No que diz respeito à obrigação de alimentos, a intenção da reforma de 2008 foi, do mesmo modo, reforçar a perseguição criminal dos incumprimentos, agora através de uma antecipação da intervenção penal, que não espera pela verificação dos pressupostos tradicionais e mais exigentes da colocação em perigo das necessidades fundamentais do credor. Nos termos da Lei n.º 61/2008, a simples mora no cumprimento, por parte de quem pode cumprir, pode desencadear uma reacção penal; e a reincidência agrava, naturalmente, a reacção (45) (46) (47).

g) Aplicação do novo regime a situações de responsabilidades parentais já reguladas

A Lei n.º 61/2008 quase não alterou o enquadramento jurídico da guarda física das crianças e

n.º 59.º/2007, de 4 de Setembro; e a nova disciplina da actual alínea c) devia ter sido incluída num n.º 2 novo.

O texto devia ser hoje assim: 1 — Quem: a) Subtrair menor; b) Por meio de violência ou de ameaça com mal importante determinar menor a fugir; ou c) Se recusar a entregar menor à pessoa que sobre ele exerce poder paternal ou tutela, ou a quem ele esteja legitimamente confiado; é punido com pena de prisão de um a cinco anos. 2 — Quem, vinculado por um acordo homologado ou por uma decisão judicial, de um modo repetido e injustificado, não cumprir o regime estabelecido para a convivência do menor na regulação do exercício das responsabilidades parentais, ao recusar, atrasar ou dificultar significativamente a sua entrega ou acolhimento, é punido com pena de prisão até dois anos ou com pena de multa até 240 dias. 3 — Nos casos previstos no n.º 2, a pena é especialmente atenuada quando a conduta do agente tiver sido condicionada pelo respeito pela vontade do menor com idade superior a 12 anos. 4 — O procedimento criminal depende de queixa.

⁽⁴⁵⁾ Cfr., com o mesmo propósito, o art. 227-3 do código penal francês.

⁽⁴⁶⁾ O agravamento pretendido para a reincidência fica expresso pela pena de prisão até um ano, prevista no n.º 2 do artigo. No entanto, não é tecnicamente perfeito estabelecer em alternativa uma pena de multa de 120 dias, que é igual à pena de multa aplicável ao acto isolado de incumprimento, previsto no n.º 1. Para melhorar o regime, devia estabelecer-se no n.º 1 uma pena de multa de 60 dias; ou, para quem considere esta sanção demasiado leve, uma pena de prisão até seis meses ou multa até 60 dias.

⁽⁴⁷⁾ Seria recomendável, ainda, aplicar as penas previstas nos n.ºs 1 e 2 àquele que, com a intenção de não cumprir a obrigação de alimentos, se colocasse na impossibilidade de cumprir.

jovens (cfr. *supra* ponto 6 a)). Assim, não há razão para supor que todas as situações já reguladas têm de ser reapreciadas pelo tribunal, para “actualizar” o regime em que têm vivido.

O que muda é a “guarda legal” — que tem de respeitar o exercício conjunto das responsabilidades parentais nas “questões de particular importância”. Mas esta mudança resulta directamente da lei e não carece de qualquer intervenção do tribunal.

Concebe-se, porém, que em casos excepcionais possa tornar-se necessária uma reapreciação judicial. Assim será quando haja divergência entre os progenitores sobre a relevância de uma decisão (é ou não de particular importância?) ou sobre a solução que pretendem seguir. Também haverá motivo para reapreciação quando o progenitor que tem a guarda física pretende provar que o exercício conjunto das responsabilidades é contrário ao interesse do filho (art. 1906.º, n.º 2).

9. Alimentos entre ex-cônjuges

a) Princípio da auto-suficiência

O princípio da auto-suficiência é apenas um modo de exprimir o que se verifica na maioria dos sistemas jurídicos europeus: depois do divórcio, é de esperar que os dois ex-cônjuges ganhem a vida, sendo a relação de alimentos um recurso excepcional ⁽⁴⁸⁾.

É claro que o carácter excepcional varia de país para país, consoante os recursos económicos, os

hábitos de autonomia, etc. É inteiramente aceitável que um ex-cônjuge — provavelmente a mulher, que ganha menos ou foi despedida — peça alimentos nos termos tradicionais; o princípio da auto-suficiência não quer afastar o que sobra da solidariedade familiar em situações de necessidade de um e de possibilidade do outro.

Também não se quer afastar — obviamente — a possibilidade de um tribunal atribuir uma compensação, nos termos do art. 1676.º, n.º 2, a um dos ex-cônjuges.

b) Irrelevância da culpa

A irrelevância da culpa para a atribuição do direito a alimentos seria de esperar no contexto de uma lei que quis afastar completamente o relevo da culpa na dissolução do casamento.

No regime anterior — e no divórcio com base em causas subjectivas — a culpa relevava nos dois momentos essenciais — no momento da concessão do divórcio, e no momento do reconhecimento posterior de efeitos patrimoniais. No divórcio baseado na ruptura do casamento, a culpa só relevava no segundo momento, quando se tratava de reconhecer benefícios patrimoniais ao inocente ou menos culpado e negá-los ao único culpado ou ao mais culpado (cfr. os arts. 1782.º e 1783.º revogados).

Nesta lógica, a lei atribuía o direito a alimentos ao inocente ou ao menos culpado, quando pudesse fazer-se essa distinção radical ou, pelo menos, quando pudesse ser feita uma graduação das culpas de ambos (art. 2016.º, n.º 1, revogado). Note-se, porém, que o n.º 2 da referida norma já abria uma excepção quando reconhecia o direito ao cônjuge

⁽⁴⁸⁾ BOBLE-WOELKI *et al.*, *Principles of European Family Law Regarding Divorce and Maintenance Between Former Spouses*, cit., p. 77.

único culpado, ou principal culpado, por razões de equidade, “considerando, em particular, a duração do casamento e a colaboração prestada por esse cônjuge à economia do casal”.

No regime actual, deixou de haver apuramento e graduação das culpas, tanto para a decisão do divórcio quanto para efeitos patrimoniais. Assim, qualquer dos cônjuges pode pedir alimentos, alegando e provando os factos habituais (art. 2016.º, n.º 2).

Pode dizer-se que o direito a alimentos se aproximou da sua natureza mais pura — a intenção de socorro de quem tem necessidades que não consegue suprir, ainda que este necessitado tenha sido, porventura, o responsável ou o mais responsável pela falência do casamento.

30 Mas esta extensão da solidariedade matrimonial tem limites... e o direito pode ser negado “por razões manifestas de equidade” (art. 2016.º, n.º 3). Não se pretende abrir uma averiguação exaustiva das culpas — como se diferísse o processo tradicional para este momento do pedido de alimentos; mas o tribunal que aprecia as alegações dos cônjuges saberá encontrar os casos em que parece *manifestamente* iníquo obrigar um cônjuge a prestar uma solidariedade àquele que lhe pede alimentos.

c) Montante dos alimentos

O tema do montante dos alimentos inclui duas questões tradicionais: a questão de saber se o cônjuge credor tem o direito de exigir que o devedor lhe assegure o padrão de vida a que ele se habituou durante o casamento; e a questão de saber quais são os tópicos relevantes para que o tribunal contabilize as necessidades do credor e as possibilidades do devedor.

Quanto à primeira, houve sempre quem entendesse que o ex-cônjuge credor devia manter o estatuto económico de que usufruiu durante o casamento. Esta medida maximalista era compreensível sobretudo quando o credor fosse o cônjuge inocente ou o menos culpado, enquanto o devedor, causador da dissolução, sofria o castigo de suportar uma obrigação mais pesada. Porém, ultimamente, ganhou preferência a ideia de que o cônjuge credor não tem o direito de manter o mesmo nível de vida que tinha, nem o devedor deve sofrer o castigo da obrigação correspondente.

Isto não quer dizer que o montante dos alimentos entre ex-cônjuges siga a regra geral do mínimo indispensável à sobrevivência; na verdade, pretende-se atingir algo que se situe entre esta medida inferior e o padrão de vida do casamento. Costuma falar-se de uma medida “decente”, que não signifique uma descida radical do estatuto económico, mas que também não transforme o casamento num seguro de bem estar à custa do outro ex-cônjuge.

É este o regime que a Lei explicita no art. 2016.º-A, n.º 3.

A segunda questão é a de saber a que tópicos deve atender-se para fixar a medida concreta dos alimentos, em cada caso.

Vale hoje o art. 2016.º-A, n.º 1, que reproduz o conteúdo do art. 2016.º, n.ºs 2 e 3, da Lei anterior; na verdade, reúnem-se agora no art. 2016.º-A, n.º 1, os seis tópicos que a lei anterior mencionava com destaque ⁽⁴⁹⁾.

⁽⁴⁹⁾ Embora a “duração do casamento” e a “colaboração prestada (...) à economia do casal” viessem mencionados no n.º 2, relativo à concessão do direito a alimentos, a título excepcional, ao cônjuge culpado.

Acrescenta-se apenas a consideração de “um novo casamento ou união de facto” de qualquer dos ex-cônjuges, sabendo-se que estes factores podem ter uma influência especial na condição económica dos interessados, ainda que — como é o caso da união de facto — não produzam novas obrigações de contribuir para as despesas domésticas.

d) Preferências entre obrigações de alimentos

O novo art. 2016.º-A, n.º 2, consagra uma regra que não se encontrava no direito português. Prevê-se a hipótese de haver um conflito prático entre a viabilidade de cumprir duas obrigações de alimentos, por parte de um ex-cônjuge devedor que tem de pagar alimentos simultaneamente ao seu ex-cônjuge e a um filho. Em face do dilema de ter de sacrificar, de algum modo, alguma destas obrigações, a orientação da Lei nova vai no sentido de dar prioridade à obrigação perante o filho, como uma expressão do valor primordial do interesse das crianças.

e) Duração da obrigação

A obrigação de alimentos não costuma ter um limite temporal — dura enquanto durar a necessidade do alimentando e a possibilidade do devedor, salvos os casos de extinção previstos na lei (cfr. o art. 2019.º). É este o regime em vigor.

Porém, o anteprojecto de lei previa um regime ligeiramente diferente ⁽⁵⁰⁾. Segundo este regime,

⁽⁵⁰⁾ Art. 2016.º-B: A obrigação de alimentos deve ser estabelecida por um período limitado, embora renovável, salvo razões ponderosas.

o tribunal fixava um período de vigência da obrigação de alimentos; no fim deste período a obrigação caducava, salvo se o credor mostrasse os factos que justificariam a renovação do seu crédito.

Na Lei nova, pelo contrário, seguiu-se o caminho tradicional. A obrigação não tem prazo, perdura indefinidamente, salvo se o devedor mostrar factos que justificam a sua extinção. Creio que a versão do anteprojecto era mais conforme com o princípio enunciado no art. 2016.º, n.º 1 ⁽⁵¹⁾.

VI. Conversão da separação judicial em divórcio

O regime da conversão não mudou quase nada. Apenas se reduziu para um ano o prazo que tem de decorrer sobre o trânsito em julgado da decisão que decretou a separação ⁽⁵²⁾; e substituiu-se a noção de separação “litigiosa” pela de separação “sem consentimento do outro cônjuge”, em harmonia com a alteração registada em matéria de divórcio.

VII. Observações finais. Um período transitório de adaptação?

As alterações introduzidas pela Lei n.º 61/2008 foram importantes e causaram dúvidas naturais.

A aplicação imediata da Lei foi uma decisão do poder legislativo; portanto, segundo os critérios

⁽⁵¹⁾ “Cada Cônjuge deve provar à sua subsistência depois do divórcio.”

⁽⁵²⁾ Devia ter-se aproveitado para corrigir o texto legal, em vez de o reproduzir na parte em que menciona a “sentença” de separação por mútuo consentimento. Na verdade, a separação de pessoas e bens por mútuo consentimento é, em princípio, da competência das conservatórias do registo civil, que proferem uma *decisão* com os efeitos de uma sentença, desde 2001.

democráticos, foi a decisão mais acertada que se pôde tomar.

Havia, porém, alternativas. Teria sido possível, por exemplo, estabelecer uma *vacatio legis* com uma duração julgada conveniente para permitir aos operadores do sistema uma adaptação lenta às alterações.

Com esta intenção, o anteprojecto enviado ao Grupo Parlamentar do Partido Socialista previa um regime especial de divórcio, aplicável durante cinco

anos contados sobre a entrada em vigor da Lei. Este regime transitório distinguia-se do regime geral apenas na manutenção temporária da declaração e graduação de culpas, a requerimento de qualquer das partes; esta declaração de culpas era acompanhada da manutenção temporária dos tradicionais efeitos desfavoráveis relativamente ao cônjuge culpado ou principal culpado. Este regime transitório não se manteve na proposta apresentada ao plenário, nem na Lei.