

**Fundação Bissaya Barreto**



**Instituto Superior Bissaya Barreto**

**Divórcio  
e  
Responsabilidades Parentais**

**Ana Teresa Terreiro Bispo Loureiro**

**Coimbra, março de 2012**

**Fundação Bissaya Barreto**



**Instituto Superior Bissaya Barreto**

**Divórcio  
e  
Responsabilidades Parentais**

Dissertação para a obtenção do  
grau de mestre em Direito, com  
Especialização em Ciências  
Jurídico-Forenses

**Orientação:** Professor Doutor Rui de Alarcão

**Coorientação:** Mestre Margarida Porto Figueiredo

**Ana Teresa Terreiro Bispo Loureiro**

**Coimbra, março de 2012**

*“As crianças aprendem mais com aquilo que os adultos fazem - e com o que os pais lhes fazem – do que com o que os adultos lhes dizem.”*

**Joana Amaral Dias**  
(Diário de Notícias - 12/06/2006)

# AGRADECIMENTOS

O presente texto retrata não apenas uma dissertação final de mestrado, mas uma boa parte dos meus últimos dois anos de pesquisa académica. Apesar de a tese de mestrado ser um processo solitário a que qualquer mestrando está incumbido de fazer. De salientar, que para a prossecução desta tarefa esteve intrínseco um conjunto de esforços e de luta incessante que sem os quais teria sido impossível alcançar o fim desta etapa, que representa um importante marco na minha pessoal e profissional. Contudo, para a concretização desta longa caminhada, não poderia deixar de mencionar o imprescindível contributo de várias pessoas e instituição que sem as quais tal processo seria de todo impossível de ser concebido. Assim, procederei à respetiva menção dessas pessoas e instituição que me acompanharam neste período de extrema importância e onde manifesto a minha plena gratidão.

Ao Instituto Superior Bissaya Barreto pelo ensino do Direito e pela notável preparação concedida aos alunos, pois sem essa preparação, esta dissertação não passaria de um sonho;

Ao Professor Doutor Rui de Alarcão por ter aceitado em conceder-me a honra de me orientar nesta tese, pela sua disponibilidade e apoio, bem como pela sua sapiência e ensinamentos que me foram transmitidos;

À minha coorientadora, Mestre Margarida Porto Figueiredo, por ter aceitado em me coorientar nesta batalha, pela sua disponibilidade prestada sempre que lhe solicitada, apoio e transmissão de conhecimentos, quer a nível da minha discência em Direito como na coorientação da tese;

Aos meus queridos e amados Pais, o meu mais fraterno e aconchego abraço de amor eterno e, o meu muito obrigada pelo apoio e incentivo incessantes e incondicionais, compreensão e muito amor. Não há palavras suficientes para vos agradecer, pois todas elas sempre serão poucas e insuficientes.

À minha querida e amada Irmã, cognominada por “segunda mãe”, o meu muito obrigada pelo seu amor, carinho, amizade, apoio, incentivo incondicionais em todas as etapas da minha vida, assim como agradeço também ao meu Cunhado e querida Sobrinha por todo o apoio incessante e amizade demonstradas.

Ao meu querido e amado primo Julinho (*in memorian*) por todo o seu amor e amizade incondicionais e por todas as palavras dadas na altura e no momento certo. A ti, o meu profundo e sincero obrigada por teres contribuído para o meu crescimento pessoal e, conseqüentemente profissional, assim como no acreditar de que tudo é possível, quando se quer muito algo. Dirijo também o meu muito obrigada à minha querida avó paterna (*in memorian*) e minha querida avó materna por todo o amor e apoio.

À minha querida amiga e companheira, Dr.<sup>a</sup> Susana Neto pela fidedigna amizade, confiança, carinho e apoio incondicionais e, também é de relevar, o facto de ter sido a minha fiel companheira no percorrer desta longa jornada, estando sempre presente nos momentos de angústia, de ansiedade, de insegurança, de exaustão e de satisfação na elaboração da presente tese.

A todas os meus amigos e colegas que comigo compartilharam a mesma navegação pelos mares do Direito, nomeadamente, Dr.<sup>a</sup> Sara Serra, Dr.<sup>a</sup> Andreia Plácido, Dr.<sup>a</sup> Sónia Maldonado, Dr.<sup>a</sup> Inês Castro, Dr.<sup>a</sup> Ana Luro, Dr.<sup>a</sup> Sandra Costa, Dr. Eduardo Barra, Dr. Vasco Coelho e Dr. Pinto Nunes o meu agradecimento pela amizade e todo o carinho demonstrados.

E a todas aquelas pessoas que, apesar de não estarem aqui mencionadas, contribuíram direta ou indiretamente no concretizar desta tese.

## RESUMO

Atualmente as separações conjugais já não se perfazem como sendo apenas mais uma exceção. O fim da sociedade conjugal e a dissolução do casamento extinguem os direitos e deveres subjacentes a cada um dos cônjuges. Porém, não põe termo às suas responsabilidades parentais.

O presente trabalho incide sobre as alterações bastante significativas resultantes da introdução da Lei n.º 61/2008, de 31 de outubro, sendo o escopo final, analisar em particular, o regime jurídico do divórcio e as responsabilidades parentais, após o divórcio.

**Palavras-chave:** Divórcio, Responsabilidades Parentais, Alienação Parental.

## **ABSTRACT**

Currently, the marital separations no longer make up as just another exception. The end of the conjugal partnership and the dissolution of marriage extinguish the rights and duties underlying each of the spouses. However, does not terminate their parental responsibilities.

This paper focuses on the very significant changes resulting from the introduction of Law no. 61/2008 of 31 october, with the final scope, analyzing in particular the legal framework of divorce and parental responsibilities after divorce.

**Keywords:** Divorce, Parental Responsibilities, Parental Alienation.

## **ABREVIATURAS**

Ac. – Acórdão

AP – Alienação Parental

Art(s). – Artigo (s)

APMJ – Associação Portuguesa de Mulheres Juristas

CC – Código Civil

CP – Código Penal

CPC – Código de Processo Civil

CRC – Código de Registo Civil

CPCJP – Comissão de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo

CRP – Constituição da República Portuguesa

CT – Código do Trabalho

DL – Decreto-Lei

Ed. – Edição

GRAL – Gabinete para Resolução Alternativa de Litígios

LOFTJ – Lei da Organização e Funcionamento dos Tribunais Judiciais

MP – Ministério Público

OTM – Organização Tutelar de Menores

QPI's – Questões de Particular Importância

SAP – Síndrome de Alienação Parental

SEF – Serviço de Estrangeiros e Fronteiras

SMF – Sistema de Mediação Familiar

STJ – Supremo Tribunal de Justiça

TRC – Tribunal da Relação de Coimbra

TRL – Tribunal da Relação de Lisboa

Vol. – Volume

# ÍNDICE

INTRODUÇÃO .....	12
Parte I – Questões de Fundo .....	14
1 – Natureza Jurídica do Casamento .....	14
2 – Efeitos do Casamento .....	15
3 – Deveres Conjugais – Breves Considerações .....	18
3.1 – Dever de Respeito .....	18
3.2 – Dever de Coabitação .....	19
3.3 – Dever de Fidelidade .....	19
3.4 – Dever de Cooperação .....	20
3.5 – Dever de Assistência .....	20
Parte II – Regime Jurídico do Divórcio .....	22
4 – Conceito de Divórcio .....	22
5 – Mediação Familiar .....	23
5.1 – Noção .....	23
5.2 – Objeto .....	26
5.3 – O Processo .....	27
6 – Divórcio por Mútuo Consentimento .....	29
6.1 – Processo Administrativo .....	30
6.1.1 – Requisitos .....	30
6.1.2 – Procedimento .....	30
6.2 – Processo Judicial .....	35
6.2.1 – Requisitos .....	35
6.2.2 – Procedimento .....	37
7 – Divórcio Sem Consentimento de Um dos Cônjuges .....	39
7.1 – Fundamentos .....	40
7.1.1 – Separação de Facto .....	41

7.1.2 – Alteração das Faculdades Mentais .....	43
7.1.3 – Ausência Sem Notícia .....	43
7.1.4 – Rutura Definitiva do Casamento .....	44
7.2 – Legitimidade .....	46
8 – Consequências Jurídicas do Divórcio – Breves Considerações.....	47
8.1 – Alimentos .....	48
8.1.1 – Alimentos Definitivos .....	48
8.1.2 – Alimentos Provisórios .....	50
8.2 – Partilha .....	52
8.3 – Destino da Casa de Morada de Família .....	55
8.4 – Reparação dos Danos .....	57
8.5 – Perda de Benefícios .....	60
8.6 – Apelidos .....	61
8.7 – Responsabilidades Parentais .....	62
Parte III – Responsabilidades Parentais .....	63
9 – Noção de Responsabilidades Parentais .....	63
10 – Responsabilidades Parentais na Constância do Matrimónio .....	64
11 – Responsabilidades Parentais Após o Divórcio .....	65
11.1 – Questões de Particular Importância para a Vida do Menor .....	66
11.1.1 – Noção e Áreas que Evidenciam as QPI’s .....	66
11.1.2 – Formas de Acautelar Algumas Dificuldades e Impedir Litígios.....	77
11.1.3 – Exceção à Regra do Exercício Conjunto das Responsabilidades Parentais – Urgência Manifesta .....	78
11.1.4 - Forma de Decisão Conjunta .....	79
11.1.5 – Resolução de Conflitos .....	79
11.2 – Alimentos .....	81
11.3 – Guarda .....	84
11.4 – Incumprimento das Responsabilidades Parentais .....	88
11.5 – A (Síndrome de) Alienação Parental .....	89
11.5.1 – Noção .....	89
11.5.2 – SAP e a Jurisprudência Portuguesa .....	91

11.5.3 – Breves Considerações Sobre Controvérsia em Torno da Guarda dos Menores e SAP no Direito Comparado .....	94
11.5.3.1 – Alemanha .....	94
11.5.3.2 – Espanha .....	95
11.5.3.3 – Austrália .....	96
11.5.3.4 – EUA .....	97
CONCLUSÃO .....	99
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....	101

# INTRODUÇÃO

O presente trabalho constitui a dissertação de Mestrado em Direito com especialização em Ciências Jurídico-Forenses, datada de março de 2012, no Instituto Superior Bissaya Barreto, sob a orientação do Professor Doutor Rui de Alarcão e coorientação da Mestre Margarida Porto Figueiredo.

Com o passar dos tempos muitas foram as mudanças na nossa sociedade. Houve introdução de novas tecnologias, novos conhecimentos e novas profissões que foram inseridas no mercado de trabalho, ou seja, a vida das pessoas sofreu grandes alterações.

Por estas razões também a vida do seio familiar sofreu muitas e variadas transformações, mais concretamente, no que diz respeito ao casamento e tutela parental, onde foram introduzidas algumas modificações. Aqui, é de extrema relevância o papel que cada um dos progenitores, enquanto membro do casal, tem vindo a desempenhar com o passar dos anos. Todos nós temos memória da família “típica portuguesa” constituída por “pai, mãe e filhos”, em que ao marido era incumbido o papel fundamental de sustento da família, resultado do fruto do seu trabalho. Enquanto, à mulher cabia um papel essencialmente doméstico de acompanhamento dos filhos e de cuidado com o lar. Assim, havia uma repartição de tarefas, nunca descorando a educação, saúde e bem-estar dos filhos do casal.

Porém, não só houve uma emancipação da mulher a nível pessoal como também a nível do mercado de trabalho como, por outro lado, do ponto de vista económico este modelo deixou de ser viável. Hoje em dia, em quase todas as famílias, o que se verifica é que não só o marido como também a mulher têm empregos remunerados fora do agregado familiar. A par disto, regista-se uma situação que tem tido cada vez mais relevância societária e, que é o crescente número de divórcios, advindo daí a necessidade de uma mudança a nível da tutela parental que também ela foi sujeita a alterações. É pois, neste aspeto que a nossa tese vai incidir, com o intuito de demonstrar algumas das facetas deste novo fenómeno que trazem uma mudança clara entre nós.

Assim, a escolha do tema assenta na enorme e relevante importância que tais situações assumem no nosso dia-a-dia e, principalmente no que diz respeito ao superior interesse das crianças.

A presente exposição centra-se, na primeira parte, numa breve alusão ao casamento, mais precisamente, à sua noção e aos deveres conjugais. Abordámos tais deveres, no sentido que, no regime imediatamente anterior, assumiam uma enorme importância e relevância para o divórcio, pois a sua violação constituía fundamento para os cônjuges lançarem mão do divórcio, situação esta que hoje já não assistimos para efeitos de divórcio.

Na segunda parte propusemo-nos a explicar o regime do divórcio jurídico, discriminando as várias modalidades existentes no nosso ordenamento jurídico, bem como as alterações introduzidas com a Lei n.º 61/2008, de 31 de outubro. Ademais, entendemos que faria todo o sentido pronunciarmo-nos acerca das consequências advindas pelo divórcio.

E finalmente, na terceira parte evidenciamos as responsabilidades parentais, mais precisamente, no que se reporta a tal exercício após a rutura do casamento. Assim, abordaremos as questões de particular importância na vida do menor, o regime de guarda e os alimentos devidos à criança assim como faremos menção à responsabilização a que os cônjuges ficam sujeitos, caso não cumpram com as suas responsabilidades parentais. Quisemos analisar, por conseguinte, a problemática da síndrome de alienação parental nos atuais processos da regulação das responsabilidades parentais, quer a nível da nossa jurisprudência quer nível do direito comparado, mais precisamente, nos EUA, Austrália, Espanha e Alemanha.

*“Não me lembro de nenhuma necessidade da infância tão grande quanto a necessidade da proteção de um PAI.”*

**Sigmund Freud**  
(O MAL ESTAR NA CIVILIZAÇÃO)

# Parte I – Questões de Fundo

## 1 – Natureza Jurídica do Casamento

Atualmente, no nosso sistema jurídico, o casamento é definido como “*o contrato celebrado entre duas pessoas que pretendem constituir família mediante uma plena comunhão de vida*” conforme consagra o art. 1577º do CC<sup>1</sup>.

À luz do art. 1º da Lei n.º 9/2010, de 31 de maio que introduziu a permissão do casamento entre pessoas do mesmo sexo, este diploma estatui também no seu art. 5º que “*todas as disposições legais relativas ao casamento e seus efeitos devem ser interpretadas à luz da presente lei, independentemente do género dos cônjuges*”, exceptuando a questão inerente à adoção para casais do mesmo sexo, como prescreve no seu art. 3º.

O casamento qualifica-se pela contratualidade, pela assunção do compromisso recíproco de plena comunhão de vida, pela personalidade e solenidade, tratando-se portanto, de um contrato especial, como doravante se poderá averiguar.

Caracteriza-se pela contratualidade uma vez que se consubstancia num contrato celebrado entre duas pessoas que pretendem constituir família mediante uma plena comunhão de vida.

Os cônjuges têm ainda de assumir um compromisso, em que ambos se submetem a uma total comunhão de vida, donde resultam deveres mútuos, designadamente, o dever de respeito, de fidelidade, coabitação, cooperação e assistência conforme estipula o art. 1672º do CC.

Vigora ainda aqui a característica da personalidade do negócio por esta influenciar o estado das pessoas, originando assim efeitos pessoais e consequentemente, patrimoniais. Para além do que ficou dito, outra manifestação da referida característica é o facto de se exigir que ambos os nubentes estejam presentes, ou em casos muito raros, apenas um deles e o procurador do outro, na celebração do casamento como refere o art. 1616º al. a) do CC.

---

<sup>1</sup> Este preceito legal foi alterado de acordo com a Lei n.º 9/2010, de 31 de maio. Na anterior redação o casamento definia-se como o “contrato celebrado entre duas pessoas de sexo diferente que pretendem constituir família mediante uma plena comunhão de vida”. Ou seja, com a introdução da nova redação, a menção do casamento entre pessoas de sexo diferente foi suprimida.

Fala-se, ainda, na solenidade pelo facto da celebração do casamento se sujeitar à regulamentação prevista no Código Civil e no Código de Registo Civil ou à legislação especial, recorrendo apenas a esta última, se assumir a forma religiosa (art. 1615º do CC).

Importa salientar também, que os nubentes devem aceitar todos os efeitos legais do matrimónio, salvo nas situações em que as partes estipulam convenção antenupcial. Contudo, os efeitos do casamento consideram-se absolutos, na medida em que não podem ser modificados ou submetidos a condição, a termo ou ainda à preexistência de algum facto sob pena de se considerarem não escritas as cláusulas da convenção antenupcial referentes a estes (art.1618º do CC).

## **2 – Efeitos do Casamento**

Esta matéria encontra-se regulamentada no Capítulo IX no que diz respeito ao casamento, mais precisamente, nos arts. 1671º a 1736º do CC, sendo que os autores avançam com a distinção entre efeitos pessoais e efeitos patrimoniais.

No que concerne aos efeitos pessoais, o Código Civil no seu art. 1671º consagra os princípios fundamentais subjacentes a estes efeitos, designadamente, a igualdade dos cônjuges e o acordo sobre a orientação da vida em comum, regendo-se assim o casamento, pela igualdade de direitos e deveres entre os cônjuges, senão vejamos a protecção constitucional que lhe é dada pelo art. 36º, n.º 3 da CRP.

Em virtude da aplicação deste princípio à relação entre os cônjuges, verificou-se o abandono da concepção do “*pater familiae*”, onde era o homem que assumia todas as decisões que viessem a ser tomadas em qualquer âmbito, resumindo-se o papel da mulher à “lida da casa”, ou seja, a todas as tarefas domésticas necessárias e ainda à criação e educação dos filhos. Deste modo, todas as decisões inerentes à vida familiar, passaram a ser partilhadas, assumindo assim, cada um dos cônjuges um papel ativo no seio de sua família<sup>2</sup>.

---

<sup>2</sup> Ou seja, pertence a ambos a direcção da família, assim como devem acordar mutuamente sobre a orientação da vida em comum atendendo ao bem da família e dos interesses de cada um.

Como anteriormente foi mencionado, importa salientar novamente, que no que diz respeito aos efeitos pessoais, o casamento atribui aos cônjuges os deveres de respeito, fidelidade, coabitação, cooperação e assistência (art. 1672º do CC).

Ainda relativamente aos efeitos pessoais convém fazer alusão quanto ao nome, quanto à filiação e quanto à nacionalidade.

Quanto ao primeiro efeito supra aludido, cada um dos cônjuges conserva os seus próprios apelidos, admitindo-se porém, a faculdade de poder acrescentar-lhes os apelidos do outro até ao máximo de dois (art. 1677º do CC).

Relativamente à filiação, faz-se aqui menção à presunção da paternidade plasmada no art. 1826º e ss. do CC, em que se presume que os filhos nascidos ou concebidos na constância do matrimónio têm como pai o marido da mãe (n.º 1 do referido art.).

Finalmente, no que diz respeito à nacionalidade, o “estrangeiro casado há mais de três anos com nacional português pode adquirir a nacionalidade portuguesa mediante declaração feita na constância do matrimónio” conforme estatui o art. 3º, n.º 1 da Lei n.º 25/94, de 19 de Agosto<sup>3</sup>.

Antes da análise respeitante aos efeitos patrimoniais, é de extrema importância aludir que no nosso ordenamento jurídico existem três tipos de regimes de bens: comunhão geral de bens, comunhão de adquiridos e separação de bens. Atualmente, o regime supletivo de bens aplicável aos cônjuges, é o da comunhão de adquiridos (art. 1717º do CC), cuja aplicação apenas se verifica se os nubentes nada disserem quanto ao regime que querem ver aplicado na sua relação matrimonial ou ainda nos casos de caducidade, ineficácia ou invalidade da convenção antenupcial<sup>4</sup>.

O regime da comunhão geral de bens vem plasmado nos arts. 1732º a 1734º do CC, onde se prescreve que são bens comuns dos cônjuges, todos aqueles que a lei não considere comunicáveis. Em regra, “são bens comuns os bens próprios no regime da comunhão de adquiridos, bem como os bens que os cônjuges tinham antes do

---

<sup>3</sup> Esta lei veio alterar a Lei n.º 37/81, de 3 de Outubro, ou seja, a Lei da Nacionalidade.

<sup>4</sup> Nem sempre o regime supletivo dos bens foi considerado o da comunhão de adquiridos, uma vez que até 31 de maio 1967, o regime supletivo era o da comunhão geral de bens (art. 15º do DL n.º 47 344, de 25 de Novembro de 1966).

casamento e aqueles que vieram a adquirir a título gratuito”<sup>5</sup> (arts. 1732º e 1733º do CC).

No regime da comunhão de adquiridos, constata-se que são considerados bens comuns dos cônjuges, de acordo com o art. 1724º do CC, aqueles que são fruto do trabalho de cada um, assim como os bens adquiridos por ambos na constância do matrimônio, salvo as exceções previstas na lei, como é o caso dos bens próprios.

O regime da separação de bens considera-se sempre como um regime imperativo, sempre que o casamento seja celebrado sem precedência do processo preliminar de casamento ou quando um dos cônjuges tenha completado sessenta anos de idade na celebração do casamento (art. 1720º do CC). Na separação de bens, constante no art. 1735º e ss. do CC, não se verifica bens comuns entre os cônjuges, ou seja, cada um deles conserva o domínio e fruição de todos os seus bens presentes e futuros, dispondo deles livremente.

Quando se fala nos efeitos patrimoniais, fala-se nas regras respeitantes à administração dos bens dos cônjuges<sup>6</sup> (art. 1678º do CC); à alienação ou oneração de móveis comuns<sup>7</sup> (art. 1682º do CC); à alienação ou oneração de imóveis e de estabelecimento comercial<sup>8</sup> (art. 1682º -A do CC); e bens que respondam pelas dívidas da responsabilidade de ambos os cônjuges (art. 1695º corroborado com o art. 1691º do CC).

---

<sup>5</sup> RAMIÃO, Tomé d’Almeida, “O Divórcio e Questões Conexas”, 3ª Edição, Quid Juris, 2001, p. 22.

<sup>6</sup> Não esquecer, que no que respeita aos bens próprios, cada um dos cônjuges tem a sua administração.

<sup>7</sup> Nesta situação, carece-se sempre do consentimento de ambos os cônjuges para a administração dos móveis, exceto se se tratar de ato de administração ordinária.

<sup>8</sup> É imprescindível o consentimento de ambos os cônjuges, exceto se vigorar entre eles o regime da separação de bens (n.º 1 do art. 1682º -A do CC. Contudo, no respeitante à alienação, oneração, arrendamento ou constituição de outros direitos pessoais de gozo sobre a casa de morada de família, mesmo que vigore o regime de separação de bens, carece-se sempre do consentimento de ambos os cônjuges.

### 3 – Deveres Conjugais – Breves Considerações

Esta matéria não se encontra na disponibilidade dos cônjuges, uma vez que estes não podem modificar, excluir ou acrescentar qualquer outro dever conjugal que não aqueles que vêm preceituados no art. 1672º do CC, designadamente, o dever de respeito, dever de coabitação, dever de fidelidade, dever de cooperação e dever de assistência – art. 1699º, n.º 1 al. b) do CC.<sup>9</sup>

#### 3.1 – Dever de Respeito

Quando se fala em respeito, fala-se em respeitar os direitos individuais de cada pessoa, e como tal este dever de respeito também está intrínseco nos deveres conjugais, como reforça o art. 1672º do CC, ou seja, “cada um dos cônjuges tem o dever de não atentar contra a vida, a saúde, a integridade física, a honra e o bom-nome do outro”<sup>10</sup>

Contudo, este dever reveste um carácter residual, ou seja, só se vai para a violação deste dever, se mais nenhum dever previsto na lei não poder ser invocado. Entende-se que este dever reveste um valor negativo, de *non facere*, ou seja, traduz-se num dever de não ofender à integridade física ou moral do outro e o dever de não conduzir a vida de forma indigna ou desonrosa; e um valor positivo, ou seja, que se traduz na demonstração de interesse pela família constituída.

---

<sup>9</sup> Antes das alterações legislativas, que entraram em vigor a partir da Lei n.º 61/2008, de 31 de outubro, a violação destes deveres, eram fundamento para os cônjuges requererem o divórcio, tal como consagrava o art. 1779º, n.º 1 da anterior redação do Código Civil ao plasmar que “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”. Apesar destes deveres conjugais já não assumirem a relevância/ importância que o legislador dava quanto à dissolução do casamento por divórcio, os mesmos mantêm a mesma relevância na constância do matrimónio.

<sup>10</sup> VARELA, A., in “Direito da Família”, 5ª Ed., 1º Vol., p. 363 *apud* RAMIÃO, Tomé D’Almeida, ob. cit., p. 24.

### 3.2 – Dever de Coabitação

O dever de coabitação consubstancia-se em três coisas: leito, mesa e habitação.

Segundo Tomé D` Almeida Ramião<sup>11</sup>, é o “*duos in carne una*, que envolve os dois cônjuges comerem à mesma mesa, partilharem a mesma cama e habitarem sob o mesmo teto, e engloba a prática de atos sexuais”.

Fala-se em leito derivado ao débito conjugal que se traduz no “compromisso de manutenção de relações com o outro cônjuge, aptas para a conceção”<sup>12</sup>; mesa, no sentido de vida em conjunto, vida em economia comum; e habitação porque os cônjuges “devem escolher de comum acordo a residência da família” como afirma o art. 1673º, n.º 1 do CC.

### 3.3 – Dever de Fidelidade

O dever de fidelidade consiste na plena inexistência de qualquer tipo de traição. Face ao exposto, para se violar este dever, não é necessário que haja propriamente a consumação de relações sexuais, basta apenas que haja a tentativa de adultério ou a manutenção de comportamentos indiciadores de existência de alguma ligação amorosa ou sentimental com terceira pessoa<sup>13</sup>.

---

<sup>11</sup> Ob. cit., p. 25.

<sup>12</sup> In RAMIÃO, Tomé D`Almeida, ob. cit, p. 25.

<sup>13</sup> Esta opinião é reforçada pelo Ac. do STJ, de 10 de dezembro de 1996, Col. Jur. S, III, 131 que determinou que “o dever de fidelidade recíproca tem por objeto a dedicação exclusiva e sincera, como consorte, de cada um dos cônjuges ao outro, envolvendo, designadamente, a proibição de qualquer um deles ter relações sexuais com terceira pessoa. O adultério é, assim, a violação extrema do dever recíproco de fidelidade. Esta violação existe não só nos casos de infidelidade material (adultério), mas também nos de infidelidade moral (mera ligação sentimental ou platónica com outrem) ”.

### 3.4 – Dever de Cooperação

Este dever está estatuído no art. 1674º do CC, onde se confere expressamente aos cônjuges a “*obrigação de socorro e auxílio mútuos e a de assumirem em conjunto as responsabilidades inerentes à vida da família que fundaram*”.

A primeira parte deste artigo impõe aos cônjuges a obrigação de se ampararem mutuamente tanto nos momentos bons como nas adversidades da vida, ao passo que na segunda obrigação já remete para as responsabilidades inerentes à vida em família, ou seja, nesta obrigação já não se trata de questões de ajuda de um para com o outro, mas sim, das decisões e obrigações que advêm com a constituição da família através do casamento.<sup>14</sup>

### 3.5 – Dever de Assistência

Este dever é semelhante ao dever de cooperação, mas em termos materiais. Este dever comporta duas obrigações: a de prestar alimentos<sup>15</sup> e a de contribuir para os encargos familiares, arts. 1675º, n. 1 e 1676º do CC.

Relativamente à primeira obrigação, esta só tem autonomia quando os cônjuges vivem em separação de facto e de direito, caso contrário, integra-se na segunda obrigação supra mencionada. Ou seja, com a separação de facto dos cônjuges, comprovando-se a rutura da vida em comum, a obrigação de contribuir para os encargos familiares converte-se na obrigação de prestar alimentos, sujeitando um dos cônjuges perante o outro.

Não obstante, o dever de assistência permanece inalterável durante a separação de facto, salvo se esta for imputável a qualquer dos cônjuges, pois se a separação de facto for imputável a um ou a ambos os cônjuges, o dever de assistência só incumbe, em

---

<sup>14</sup> Este dever mútuo deve manifestar-se no dia-a-dia de qualquer cônjuge, como por exemplo, haver entajuda e apoio em questões de problemas no seio familiar, designadamente, na saúde, na educação dos seus filhos, nas necessidades de ordem moral, material, afetiva, entre outras.

<sup>15</sup> Esta obrigação está também patenteada no art. 2015º do CC que dita que “na vigência da sociedade conjugal, os cônjuges são reciprocamente obrigados à prestação de alimentos, nos termos do art. 1675º do CC”.

princípio, ao único ou principal culpado, podendo o tribunal, excepcionalmente e por motivos de equidade, impor esse dever ao cônjuge inocente ou menos culpado, considerando em particular, a duração do casamento e a colaboração que o outro cônjuge tenha prestado à economia do casal (n<sup>os</sup> 2 e 3 do art. 1675º do CC).

## Parte II – Regime Jurídico do Divórcio

### 4 – Conceito de Divórcio

A fundamentação legal do divórcio<sup>16</sup> vem regulamentada nos arts. 1773º e ss do CC e traduz-se numa causa de dissolução do casamento, que “*pode ser decretada pelo tribunal ou pelo conservador do registo civil, a pedido dos cônjuges, verificando-se determinados pressupostos legais*”<sup>17</sup>.

Com a homologação do divórcio<sup>18</sup>, extingue-se assim, a relação matrimonial e consequentemente os deveres conjugais e relações patrimoniais inerentes à mesma.

Segundo o princípio geral plasmado no art. 1788º do CC, o divórcio dissolve o casamento e tem juridicamente os mesmos efeitos da dissolução por morte. No entanto,

---

<sup>16</sup> Segundo a doutrina, o regime do divórcio assenta em três conceções diferenciadas: divórcio-sanção, divórcio-remédio e divórcio como simples constatação de rutura do casamento.

A primeira conceção consiste na existência de um ato culposo de algum dos cônjuges e pretende sancionar o mesmo ato; na segunda conceção o divórcio é como um remédio para fazer face a uma situação conjugal insustentável; a terceira pressupõe a existência de uma situação de rutura do casamento objetivamente considerada, independentemente da culpa, de algum ou de ambos, os cônjuges.

<sup>17</sup> RAMIÃO, Tomé d'Almeida, ob. cit., p. 30.

<sup>18</sup> De acordo com a atual redação, ou seja, com a Lei n. 61/ 2008, foram introduzidas alterações bastante significativas no âmbito do regime do divórcio, tanto a nível substantivo como a nível material.

A nível processual evidenciou-se uma mudança em três âmbitos fundamentais:

- i) Eliminação da culpa como fundamento do divórcio sem o consentimento do outro cônjuge – suprimiu-se o divórcio por violação culposa dos deveres conjugais (plasmado no art. 1779º do anterior CC), assim como foi substituída a denominação “divórcio litigioso” por “divórcio sem consentimento do outro cônjuge”, instituído na chamada “rutura do casamento” estabelecida no art. 1781º do CC, que outrora era denominado por “rutura da vida em comum” (art. 1781º da anterior redação do CC);
- ii) Alteração da expressão “poder paternal” por “responsabilidades parentais” no âmbito dos direitos da criança e os deveres dos pais – pretendeu-se com esta alteração “realçar mais” as responsabilidades de ambos os pais relativamente à criança, tanto a nível cognitivo como emocional, ou seja, dar primazia ao melhor o interesse da criança, sendo considerado crime se tais responsabilidades não forem cumpridas por cada um dos pais;
- iii) Inserção da possibilidade de haver lugar um crédito de compensação quando se verifique a dissolução conjugal – no que respeita aos encargos que ambos os cônjuges ficam vinculados na sua vida familiar (art. 1676º do CC).

a nossa lei, enuncia várias situações em que tal não se verifica, nomeadamente com o divórcio cessam as relações por afinidade (art. 1585º do CC), assim como o direito de sucessão por morte (art. 2133º, n.º 3 do CC), a partilha é efetuada pelo regime de comunhão de adquiridos, mesmo que seja outro o regime em vigor nesta relação (art. 1790º do CC), há lugar à perda de benefícios que os cônjuges tenham recebido ou hajam de receber (art. 1791º do CC), e por fim, ainda se verifica a caducidade das disposições testamentárias feitas por um dos cônjuges em benefício do outro (art. 2317º, al. d) do CC).

Segundo o nosso ordenamento jurídico, o divórcio reveste duas modalidades: por mútuo consentimento ou sem consentimento de um dos cônjuges (art. 1773º do CC). Contudo, a atual redação apresenta uma nova figura, a mediação familiar, patenteada no art. 1774º do CC, em que os cônjuges podem recorrer a estes serviços antes do início do processo de divórcio, devendo tais serviços serem informados pela conservatória do registo civil ou pelo tribunal – “ e esta informação pode vir a estimular o uso destes procedimentos conciliatórios, pacificadores”<sup>19</sup>.

## **5 – Mediação Familiar**

### **5.1 – Noção**

A mediação familiar<sup>20 21</sup> é um serviço que é facultado às partes, antes do início do processo de divórcio, cuja obrigatoriedade de informação deste serviço, aos

---

<sup>19</sup> OLIVEIRA, Guilherme de, “*Linhas Gerais da Reforma do Divórcio*”, p. 65.

<sup>20</sup> A atividade do sistema de mediação familiar está regulamentada no Despacho n.º 18778, de 22 de agosto de 2007, Diário da República, 2ª Série, N.º 161.

<sup>21</sup> Para além da mediação familiar, existem também no nosso ordenamento jurídico, outras mediações atinentes a outras áreas, a saber:

- Mediação Empresarial: que trata de questões inerentes a dívidas e garantias, onde se pretende prevenir ou resolver conflitos entre empresas ou diferentes departamentos de uma mesma empresa.

- Mediação Comercial: que se baseia na mediação de casos de compra e venda; contratos; títulos de crédito; financiamentos; leasing; dissolução de sociedades comerciais.

- Mediação Laboral: cuja mediação se cinge aos conflitos laborais, ou seja, media-se conflitos entre empregador e trabalhador; tenta-se resolver pagamentos em virtude de um despedimento, transferência para outro local de trabalho, a cessação de contrato de trabalho por mútuo acordo.

cônjuges, é da competência da Conservatória do Registo Civil ou do Tribunal (art. 1774º do CC), consoante os casos<sup>22</sup>.

A mediação familiar reveste um carácter voluntário, confidencial e extrajudicial, que consiste na resolução de um litígio originado no âmbito de relações familiares, sendo dirigido por um mediador<sup>23 24</sup> que convida e auxilia as partes para estas chegarem a um acordo, por forma a pôr termo ao conflito.

---

- Mediação de Conflitos Comunitária: que consiste na mediação sobre questões que prejudiquem uma ou várias regiões ou comunidades locais e que envolvam a necessidade de manutenção ou a melhoria da convivência comunitária: Civil; Terceira Idade; Penal; Ambiental; Hospitalar, etc.

- Mediação Ambiental: Conflitos de interesses, que envolvam questões ambientais, entre comunidades e entidades públicas e privadas e ONGs (Organizações Não Governamentais).

- Mediação Civil: incide sobre situações decorrentes de acidentes de automóvel; locação ou retoma de imóvel; obras e arrendamento; sucessão; inventários e partilhas; perdas e danos; conflitos de consumo; questões de posse e propriedade; propriedade horizontal.

- Mediação Escolar: Aborda os aspetos negativos e destrutivos do conflito e trabalha-os com o objetivo de diminuir a violência. Facilita-se, deste modo, o diálogo e a compreensão das questões e reflete-se com pais, professores e alunos, atitudes, valores e normas de cidadania, criando uma cultura de confiança e respeito e ajudando todos os intervenientes na identificação dos problemas e a assumir as responsabilidades que cabem a cada um.

- Mediação Penal (Lei n.º 21/2007, de 12 de Junho.): reporta-se à mediação de questões relativas a alguns crimes públicos, semi-públicos e particulares, como por exemplo, injúria, furto, dano, ofensa à integridade física simples, burla, resolução de problemas de cheques sem cobertura, mediação entre vítima e agressor.

<sup>22</sup> Fala-se em “consoante os casos”, na medida em que, por vezes, é de todo impossível ao tribunal informar os cônjuges da existência e dos objetivos dos serviços de mediação familiar aquando instaurado um processo de divórcio judicial, ou seja, em bom rigor, assim que iniciada a instância (com a propositura da ação – art. 267º, n.º 1 do CPC) é materialmente impossível ao tribunal fornecer atempadamente as informações deste serviço antes de iniciado o respetivo processo.

<sup>23</sup> O mediador é apenas uma pessoa neutra e imparcial, ou seja, apenas conduz mas sem decidir o que quer que seja – o papel dele é, tão-somente, fazer com que as partes descubram os seus verdadeiros interesses e que consigam ter o mínimo de relacionamento para falarem sobre eles, por forma a tomarem uma decisão certa, coerente e racional relativamente ao conflito em si.

É de extrema importância salientar que os mediadores têm a obrigação de respeitar e assumir quatro características essenciais: imparcialidade, confidencialidade, independência e diligência. Caso estas características sejam postas em causa, por razões éticas, legais ou deontológicas, devem estes requerer a sua substituição em qualquer fase do processo de mediação.

<sup>24</sup> À luz do art. 8º do Despacho n.º 18778/2007, intitulado por seleção dos mediadores, estão elencados os requisitos necessários para as pessoas se candidatarem ao processo de seleção com vista à

A função do mediador não é a de estabelecer um acordo nem a de interferir no seu conteúdo, mas sim, a de elucidar as partes quais os direitos e deveres adstritos à mediação e de as aproximar, por forma auxiliar a consecução de um acordo, sem o impor.

*“A base da mediação é o tratamento dos clientes como seres humanos, únicos, que devem esclarecer as suas dificuldades melhorando as inter-relações que lhes permitem deter o controlo absoluto de todas as etapas do processo, através de um diálogo esclarecedor que possibilite a negociação e pelo qual eles criem responsabilmente as soluções para não serem escravos de soluções impostas”<sup>25</sup>.*

Esta modalidade extrajudicial de resolução de conflitos comporta várias vantagens, nomeadamente:

- (i) Preserva as relações familiares<sup>26</sup>;
- (ii) Facilita a comunicação entre as partes, estabelecendo-a onde ela era inexistente ou restabelecendo a comunicação onde ela se encontrava perturbada, permitindo assim um aumento de eficácia nos acordos alcançados;
- (iii) Permite uma maior celeridade na resolução do litígio;
- (iv) Reduz os custos sociais, humanos e económicos, entre outras.

---

integração nas listas de mediadores familiares do sistema de mediação familiar (SMF), especificamente: “ter mais de 25 anos de idade; estar no pleno gozo dos direitos civis e políticos; ser detentor de licenciatura adequada; estar habilitado com um curso de mediação familiar reconhecido pelo Ministério da Justiça; ser pessoa idónea; e finalmente, ter o domínio da língua portuguesa. Contudo, a atividade dos mediadores é fiscalizada pela comissão referida no n.º 6 do art. 33 da Lei n.º 78/2001, de 13 de Julho.

<sup>25</sup> Vide Portal da Justiça *apud* COLAÇO, Amadeu, “Novo Regime do Divórcio”, 3ª Ed., Almedina, 2009, p. 41.

<sup>26</sup> Pretende-se proteger e dar prioridade ao interesse da criança, evitando-se assim, que a criança assista ou participe num litígio judicial que tenha em vista a dissolução do núcleo familiar existente. Como é do conhecimento de todos nós, estes litígios são geradores de uma grande pressão psicológica, que pode afetar o desenvolvimento da criança.

## 5.2 – Objeto

Como anteriormente foi supra mencionado, a mediação familiar atende à resolução de litígios, onde as partes participam de forma pessoal e direta, sendo coadjuvados por intermédio de um mediador para alcançar um acordo.

Perante um conflito na esfera das relações familiares, o sistema de mediação familiar terá competência para o mediar, se este estiver inserido numa matéria que se encontre na disponibilidade das partes<sup>27</sup>. Para a admissibilidade desta competência dada ao Sistema de Mediação Familiar<sup>28</sup> (SMF) não se tornar tão abstrata, o legislador elencou algumas matérias<sup>29</sup> que poderão cair neste âmbito:

a) Regulação, alteração e incumprimento do regime de exercício do poder paternal;

b) Divórcio e separação de pessoas e bens;

c) Conversão da separação de pessoas e bens em divórcio;

d) Reconciliação dos cônjuges separados;

e) Atribuição e alteração de alimentos, provisórios ou definitivos;

f) Privação do direito ao uso dos apelidos do outro cônjuge;

---

<sup>27</sup> Não poderão ser objeto de mediação familiar as questões inerentes a maus-tratos infantis, violência doméstica, doenças do foro psiquiátrico e consumo de aditivos.

<sup>28</sup> O SMF é um serviço instituído pelo Ministério da Justiça que visa proporcionar aos cidadãos a utilização da mediação para a resolução das suas divergências, conflitos e ruturas familiares, que funciona em todo o território nacional.

Atendendo ao art. 3º do Despacho n.º 18778/2007, este serviço funciona com base em listas de mediadores familiares (n.º 1), geograficamente referenciados, competindo ao Gabinete para Resolução Alternativa de Litígios (GRAL) assegurar o seu funcionamento, especificamente, efetuar o registo e triagem dos pedidos apresentados, designar o mediador responsável e indicar os locais onde se realizam as sessões de mediação (n.º 2).

Nos termos do art. 5º do referido diploma legal, as mediações podem ser realizadas de forma imediata nos seguintes concelhos: Almada, Amadora, Barreiro, Braga, Cascais, Coimbra, Leiria, Lisboa, Loures, Mafra, Oeiras, Porto, Seixal, Setúbal e Sintra, salvo se o diretor do GRAL emanar um despacho a definir outro município. As sessões de mediação podem ser realizadas em espaços privados desde que apropriados (por exemplo associações), ou em espaços públicos (por exemplo: salas cedidas pelo município).

<sup>29</sup> Vide Despacho n.º 18778/ 2007, art. 4º.

g) Autorização do uso dos apelidos do ex-cônjuge ou da casa demorada da família.

### 5.3 – O Processo

A tramitação da mediação familiar processa-se em quatro fases:

**1ª Fase:** o processo inicia-se a partir do momento em que uma das partes conflitantes entra em contato (pessoal, telefónico ou por email) com o Gabinete de Resolução Alternativa de Litígios<sup>30</sup> (GRAL) para requerer a intercessão do Sistema de Mediação Familiar (SMF).

**2ª Fase:** após a solicitação de uma das partes ao GRAL, este entra em contato com as partes para viabilizar a mediação. No entanto, à que atender a duas imposições ínsitas no Código de Ética do mediador, designadamente: ” i) informar os mediados, pormenorizadamente, em que consiste o processo de mediação e os seus custos; ii) prestar atenção ao problema que desejam resolver pela mediação para avaliar se é possível (ou não) tratar o caso apresentado através deste procedimento”<sup>31</sup>.

Antes da realização da mediação familiar propriamente dita, verifica-se um mecanismo que permite o primeiro contato entre os seus intervenientes, e que é intitulado por pré-mediação.

Nesta fase, o mediador familiar deve elucidar as partes sobre os seus direitos e deveres face à mediação e, uma vez obtido o respetivo consentimento dado pelas partes, desenvolve a mediação no sentido de apoiar as partes na obtenção de um acordo justo e equitativo que ponha termo ao conflito que as opõe, corroborado no art. 7º, n.º 1 do Despacho n.º 18778/2007.

Após o esclarecimento sobre os direitos e deveres por parte do mediador aos mediados e estes últimos aceitarem se submeter à mediação, dever-se-á proceder à

---

<sup>30</sup> Vide DL n.º 127, de 27 de Abril de 2007, Diário da República, 1ª série, Nº 82.

<sup>31</sup> In COLAÇO, Amadeu, ob. cit., p. 46.

assinatura, de ambos, do respetivo termo de consentimento e subsequentemente, efetuar-se o pagamento devido pela usufruição do serviço<sup>32</sup>.

**3ª Fase:** Nesta fase abarca-se as sessões de mediação (que se mostrem necessárias para o efeito), ou seja, é nesta fase em que o mediador auxilia as partes no diálogo, por forma a estas chegarem a um acordo para pôr término ao conflito que as opõe.

**4ª Fase:** A partir do momento em que as partes chegam a um acordo, é realizada uma última reunião para as partes assinarem, com a qual se finaliza o processo de mediação familiar.

Findo o processo de mediação, este será remetido para a apreciação de um juiz ou de um magistrado do Ministério Público, conforme os casos.

Se se estiver perante processos de regulação do exercício das responsabilidades parentais e de processos de divórcio por mútuo consentimento que cursem nos tribunais, os processos devem ser remetidos para a apreciação de um juiz, se se tratar de processos de divórcio por mútuo consentimento que cursem nas Conservatórias do Registo Civil, já serão apreciados por um magistrado.

Nos processos apreciados por um juiz, este procede à homologação do acordo assim que comprove que o acordo está conforme tanto a nível dos interesses de cada um dos cônjuges como os dos seus filhos menores. Discordando o juiz com o teor do acordo, propõe às partes que o reformulem na própria conferência, e caso tal reformulação não seja possível no momento, as partes dispõem o prazo de 10 dias para o fazerem.

No caso do magistrado do Ministério Público, quando este aprecia o acordo e afirma que o seu conteúdo está conforme aos interesses de cada um dos cônjuges e dos interesses dos seus filhos menores, reenvia o processo para o Conservador do Registo

---

<sup>32</sup> Independentemente do número de sessões realizadas, o mediador familiar auferirá por cada processo de mediação familiar: (i) 120 euros, quando o processo for concluído por acordo das partes alcançado através da mediação; (ii) 100 euros, quando as partes não chegarem a acordo na mediação; (iii) e 25 euros, quando, apesar das diligências comprovadamente efetuadas pelo mediador familiar, não se obtenha consentimento, se verificar que não existem condições para a realização da mediação familiar ou venha a verificar-se algum tipo de impedimento por parte do mediador familiar (art.10º, n.º 1 do despacho n.º 18778/2007).

Civil que procederá à homologação do acordo. Caso inverso, o Ministério Público propõe às partes que reformulem o conteúdo do acordo num prazo de 10 dias.

## 6 – Divórcio por Mútuo Consentimento

A fundamentação legal desta modalidade de divórcio vem estatuída nos arts. 1775º a 1778º do CC.

O divórcio por mútuo consentimento é “um divórcio requerido por ambos os cônjuges de comum acordo, sem necessidade de revelar a causa do mesmo (sem causa revelada), mas onde os cônjuges devem acordar sobre o exercício das responsabilidades parentais, o destino da casa de morada de família e a prestação de alimentos ao cônjuge que deles careça”<sup>33</sup>.

De acordo com a atual redação sobre o divórcio, mais precisamente, com a entrada em vigor da Lei 61/2008, veio-se estimular “a via do mútuo consentimento, na medida em que o acordo sobre a cessação do casamento pode fundamentar a dissolução ainda que os cônjuges não tenham logrado um consenso sobre qualquer dos temas complementares”<sup>34</sup>, já supra mencionados. Ou seja, com a presente reforma, prescindiu-se do acordo prévio dos cônjuges relativamente àqueles “temas complementares” – no que diz respeito ao desencadeamento do processo de divórcio por mútuo consentimento<sup>35</sup>.

Ora, se os cônjuges convencionarem sobre os supra mencionados “temas complementares”, o processo de divórcio tramitar-se-á sob a forma de um processo administrativo, correndo os seus trâmites legais numa Conservatória do Registo Civil, caso inverso, seguirá sob a forma de processo judicial.

---

<sup>33</sup> DIAS, Cristina M. Araújo, “Uma análise Crítica do Novo Regime Jurídico do Divórcio”, p. 30.

<sup>34</sup> *In* OLIVEIRA, Guilherme de, ob. cit., p. 66.

<sup>35</sup> Na anterior redação, se os cônjuges não convencionassem sobre estas matérias, não se poderia seguir a via do mútuo consentimento, ir-se-ia logo para a via litigiosa; ou então assinavam algum acordo, sempre com a intenção de não o cumprir.

## **6.1 – Processo Administrativo**

Como anteriormente foi supra citado, estando em causa um processo administrativo de divórcio por mútuo consentimento, este será instruído por um Conservador do Registo Civil, mediante requerimento assinado pelos cônjuges ou seus procuradores<sup>36</sup>, cujas decisões produzem exatamente os mesmos efeitos das sentenças judiciais sobre idêntica matéria.

### **6.1.1 – Requisitos**

Os cônjuges devem apresentar o pedido de divórcio por mútuo consentimento junto de qualquer Conservatória do Registo Civil, quando já tenham duplamente acordado tanto a nível do próprio divórcio como a nível das seguintes obrigações:

- i) Regulação das responsabilidades parentais dos filhos menores quando estes existam e o respetivo exercício não tenha entretanto sido regulado, pois neste caso juntar-se-á a certidão do teor da respetiva sentença judicial;
- ii) Prestação de alimentos ao cônjuge que deles careça;
- iii) Destino da casa de morada de família.

Atendendo ao n.º 2 do art. 1775º do CC corroborado com o n.º 4 do art. 272º do CRC, caso outra coisa não resulte dos documentos apresentados, entende-se que estes acordos se destinam tanto ao período da pendência do processo como ao período posterior.

### **6.1.2 – Procedimento**

Para se dar início ao processo é imprescindível, para além da apresentação do respetivo requerimento (assinado por ambos os cônjuges ou seus procuradores) à

---

<sup>36</sup> Cfr. n.º 1 do art. 271º do CRC (Código de Registo Civil).

Conservatória do Registo Civil, a comprovação cumulativa dos requisitos anteriormente mencionados e os seguintes documentos<sup>37</sup>:

- a) Relação especificada dos bens comuns, com indicação dos respetivos valores, ou, caso os cônjuges optem por proceder à partilha daqueles bens nos termos dos artigos 272º – A a 272º – 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.

Porém, estes documentos podem ser elaborados pelo Conservador ou pelos oficiais de justiça mediante um pedido elaborado por parte dos interessados, como prevê o art. 272º, n.º 2 do CRC e, caso exista convenção antenupcial, os cônjuges devem juntar uma certidão da escritura.

No tocante ao processo administrativo à que ter em conta duas situações distintas: **o exercício das responsabilidades parentais ainda não se encontre judicialmente regulado no caso da existência de filhos menores<sup>38</sup>; ou o mesmo exercício já se encontre judicialmente regulado quer existam ou não filhos menores.**

- Na **primeira situação**, os cônjuges deverão juntar aos documentos constantes no art. 1775º, n.º 1 do CC e art. 272, n.º 1 do CRC, o acordo a que tenham chegado sobre esta matéria.

Após o processo estar no domínio da Conservatória do Registo Civil, o respetivo processo é enviado ao Ministério Público junto do Tribunal de 1ª instância competente

---

<sup>37</sup> Vide art. 1775º, n.º1 do CC e art. 272º, n.º 1 do CRC.

<sup>38</sup> Vide art. 122º do CC.

em razão da matéria<sup>39</sup> da circunscrição a que pertence a conservatória, dispondo esta o prazo de 30 dias para se pronunciar sobre o acordo inerente às responsabilidades parentais dos filhos menores<sup>40</sup>.

Quando o Ministério Público considerar que o acordo referente ao exercício das responsabilidades parentais acautela devidamente os interesses dos menores, o Conservador do Registo Civil deverá conferir o preenchimento dos pressupostos legais e analisar os demais acordos, e, caso o Conservador também se pronuncie no mesmo sentido que o do Ministério Público, dever-se-á proceder à homologação de todos os acordos, decretar o divórcio, e efetivar-se o respetivo registo (n.º 3 do art. 1776º –A do CC).

Diversamente, caso o Ministério Público considere que o acordo não acautela os interesses dos menores, propõe que se faça uma alteração ao seu teor (n.º 2 do supra mencionado preceito legal).

Face ao exposto, dado o parecer negativo por parte do Ministério Público e subsequente baixa do processo, o Conservador do Registo Civil deve notificar os cônjuges, seus parentes ou afins, ou ainda pessoas cuja presença veja utilidade para apresentarem novo acordo ou alterá-lo em conformidade com o parecer do Ministério Público, sendo-lhes facultado, aos requerentes, o prazo de 10 dias para o efeito, por força do regime supletivo prescrito no art. 153º do CPC (Código de Processo Civil), aplicável subsidiariamente como se determina no art. 19º do referente diploma legal.

Posto isto, os requerentes podem optar por uma de três possibilidades:

- i) Apresentar novo acordo;
- ii) Alterar o acordo em conformidade com o parecer do Ministério Público;
- iii) Não alterar o acordo por discordarem com as alterações indicadas pelo Ministério Público, mantendo a vontade do divórcio ou separação.

No primeiro caso, o processo regressa à esfera do Ministério Público para se pronunciar, dispondo este de um prazo de 30 dias (n.º 2 do art. 1776º –A do CC)<sup>41</sup>.

---

<sup>39</sup> O Tribunal competente para apreciar estas matérias é o Tribunal de Família e de Menores (Lei n.º 52/2008, de 28 de Agosto – art. 114º e art. 115º da LOFTJ – Lei de Organização e Funcionamento dos Tribunais Judiciais).

<sup>40</sup> Cfr. n.º 1 do art. 1776º -A do CC. Este artigo foi introduzido pela Lei n.º 61/2008 e art. 14º, n.º 4 do DL n.º 272/2001.

Na segunda opção, o Conservador designa um dia para a conferência (n.º 3 do supra referido artigo).

Finalmente, na terceira situação, o processo é dirigido para o Tribunal da comarca a que pertença a Conservatória (n.º4 do art. 1776º –A do CC que remete para o art. 1778º do mesmo diploma legal) .

- Na **segunda situação**, ou seja, no tocante ao exercício das responsabilidades parentais que já se encontre judicialmente regulado quer existam ou não filhos menores, e atendendo ao art. 1776º, n.º 1 do CC, o Conservador convoca os cônjuges para uma conferência, na qual verifica o preenchimento dos pressupostos legais e aprecia o conteúdo dos acordos alusivos:

- i) À partilha dos bens comuns (caso os cônjuges tenham optado por proceder à partilha destes bens nos termos do arts. 272º – A e 272º – A do CRC e apresentado o respetivo acordo);
- ii) À prestação de alimentos ao cônjuge que deles careça;
- iii) Ao destino da casa de morada de família.

Reunidos os pressupostos legais e o Conservador entender que alguns destes acordos não acautelam devidamente os interesses de alguns dos cônjuges ou dos filhos<sup>42</sup>, convida-os a procederem a uma alteração, quanto ao teor do acordo, no prazo de 10 dias<sup>43</sup>, podendo determinar para esse efeito a prática de atos e a produção da prova eventualmente necessária.

Porém, não é admissível recurso<sup>44</sup>, a partir do momento em que as partes são convidadas à alteração do conteúdo do acordo.

---

<sup>41</sup> Realce-se que, apenas e tão-somente nos casos em que é apresentado um novo acordo é que estes regressam ao domínio do Ministério Público, ao passo que, se se proceder apenas a uma alteração do acordo inicial, o mesmo já não se verifica.

<sup>42</sup> Dado o legislador não ter especificado bem este termo, no art. 1776º, n.º 1 do CC, subentende-se que são abrangidos todos os filhos, independentemente da idade, ou seja, estende-se aos interesses de todos os filhos dos cônjuges, sejam eles menores ou maiores de idade.

<sup>43</sup> Por força do art. 1776, n.º 2 do CC é aplicável o disposto nos arts. 1420º, 1422º, n.º 2 e 1424º do CPC, c as necessárias adaptações. E, inexistindo prazo específico para os cônjuges reformularem os seus acordos em conformidade com o sugerido pelo Conservador, aplica-se a regra geral do prazo previsto no art. 153º do CPC, que é de 10 dias.

<sup>44</sup> Vide art. 1424º do CPC.

Face ao supra aludido, os cônjuges podem optar por uma de quatro possibilidades<sup>45</sup>:

- i) Apresentar novos acordos;
- ii) Juntar ao processo as alterações ao acordo de forma a que estas estejam em consonância com o que foi solicitado pelo Conservador do Registo Civil;
- iii) Discordar das alterações solicitadas pelo Conservador do Registo Civil relativamente ao acordo e manter o seu propósito de divórcio;
- iv) Não optar por nenhuma das situações supra mencionadas.

Na primeira possibilidade, o Conservador não homologa o novo acordo, quando entenda que este não acautela devidamente os interesses dos filhos, reenviando o processo para o Tribunal da comarca que pertença a Conservatória, seguindo os trâmites nos termos do art. 1778º –A do CC, com as necessárias adaptações<sup>46</sup>.

Na segunda possibilidade, o Conservador deve primeiramente conferir se o conteúdo do acordo referente aos interesses dos seus filhos estão acautelados devidamente, e se tal preenchimento dos pressupostos legais estiver comprovado, procederá à homologação do acordo e decreta divórcio, sendo necessário para tal efeito a obrigatoriedade subsequente do respetivo registo, mediante averbamento nos respetivos assentos de casamento e de nascimento de cada um dos cônjuges.

Na terceira possibilidade, dada a omissão prevista no art. 1178º do CC quanto a esta possibilidade<sup>47</sup>, entende-se que se deve aplicar por analogia o art. 1776º –A, n.º 4 do CC que dita que o processo deve ser remetido para o Tribunal da comarca a que pertença a Conservatória, seguindo-se a tramitação regulamentada no art. 1778º –A, com as necessárias adaptações.

Finalmente, na última possibilidade admitida aos cônjuges, o Conservador não deve homologar os acordos, assim como não deve deferir o pedido de divórcio.

---

<sup>45</sup> *In* COLAÇO, Amadeu, ob. cit., pp. 52-53.

<sup>46</sup> Fala-se em necessárias adaptações, no sentido de que o mencionado artigo é aplicável ao processo judicial do divórcio por mútuo consentimento, que será analisado no ponto 6.2 do presente texto.

<sup>47</sup> Ou seja, os cônjuges não se conformam com as alterações indicadas pelo conservador do registo civil relativamente aos acordos que tenham por objeto: i) o destino da casa de morada de família, ii) os alimentos devidos ao cônjuge que deles careça, mas contudo, manifestam a manutenção do seu propósito em se divorciarem.

Contudo, aos cônjuges é-lhes concedido o direito de recorrer da decisão, no prazo de 15 dias<sup>48</sup> a contar da respetiva notificação, sendo o recurso remetido para o Tribunal da Relação. Os recorrentes da devem ainda, apresentar na Conservatória a petição do recurso dirigida ao Juiz da comarca, acompanhada dos documentos que pretendam oferecer. Após a entrada da petição, o Conservador recorrido deverá proferir o despacho no prazo de 5 dias<sup>49</sup>.

## **6.2 – Processo Judicial**

Estamos perante o divórcio por mútuo consentimento sob a forma judicial<sup>50</sup>, quando os cônjuges não chegam a acordo quanto aos “temas complementares”, e devendo portanto, o requerimento de divórcio ser apresentado no tribunal para resolver tal assunto.

### **6.2.1 – Requisitos**

Atendendo à letra do art. 1778º –A, n.º 1 do CC, este expressa que “o requerimento do divórcio é apresentado no tribunal, se os cônjuges não o acompanharem de algum dos acordos”, designadamente<sup>51</sup>:

- a) Acordo sobre a partilha (quando os cônjuges optem por proceder à partilha daqueles bens nos termos do art. 272º –A a 272º –C do CRC);
- b) Acordo sobre o exercício das responsabilidades parentais (quando existam filhos menores e o exercício das responsabilidades parentais ainda não se encontre judicialmente regulado);
- c) Acordo sobre a prestação de alimentos ao cônjuge que deles careça;
- d) Acordo sobre o destino da casa de morada de família.

---

<sup>48</sup> Vide arts. 274º e 288º, n.º 1 do CRC.

<sup>49</sup> Vide art. 289º do CRC

<sup>50</sup> Esta nova modalidade foi introduzida pela Lei n.º 61/2008, ou seja, do divórcio e separação judicial de pessoas e bens por mútuo consentimento sem necessidade de apresentar todos ou alguns dos “temas complementares”.

<sup>51</sup> Cfr. arts. 1775º, n.º 1, 1773º, n.º 2, art. 1778º –A e 1794º do CC.

O legislador criou esta nova modalidade com o intuito de facilitar a dissolução do casamento, quando essa seja a vontade dos cônjuges, sem a necessidade de ser apresentada a junção de nenhum dos acordos supracitados, relegando para o Tribunal a decisão dessas questões controversas<sup>52</sup>.

Pode-se então dizer que o requisito essencial nesta via judicial é apenas e tão-somente a vontade de ambos os cônjuges em se quererem divorciar, tentando deste modo, conseguir alcançar o decretamento do divórcio ou a separação judicial de pessoas e bens, mediante requerimento por eles assinado ou seus procuradores, com a necessária apresentação de tal requerimento no Tribunal<sup>53</sup>.

No tocante à determinação da competência do Tribunal à que atender às regras de atribuição da competência material, cujas regras vêm expressamente consagradas na LOFTJ, mais precisamente, art. 114º c) da Lei 52/2008, de 28 de agosto<sup>54</sup>. Também tais regras vêm constantes no Código de Processo Civil, nos termos dos arts. 66º e 67º, no que se refere à competência material, pois as regras referentes à competência territorial vêm estipuladas no art. 75º do CPC. Resumindo, estando em causa uma ação judicial, o requerimento deve ser apresentado no Tribunal de Família e Menores com jurisdição na área de residência de ambos os cônjuges ou de um deles, ou no Tribunal com competência civil, consoante aquele esteja ou não criado e instalado.

Ora, o Tribunal pode decretar divórcio por mútuo consentimento em três hipóteses diversas: “(i) no caso dos cônjuges não apresentarem alguns dos acordos mencionados no art. 1775º do CC<sup>55</sup>; (ii) no caso em que alguns dos acordos apresentados não seja homologado; (iii) no caso resultante de acordo obtido no âmbito do processo de divórcio sem consentimento do outro cônjuge”<sup>56</sup>.

---

<sup>52</sup> O legislador tentou desta forma, evitar alguns dos divórcios litigiosos que se arrastam nos Tribunais tempo sem conta, apesar de ambos pretenderem o divórcio, mas inviabilizado pela falta de consenso sobre essas matérias.

<sup>53</sup> É da exclusiva competência do Tribunal apreciar e decretar o divórcio ou separação judicial de pessoas e bens por mútuo consentimento.

<sup>54</sup> Tais regras também vêm consagradas no art 81º b) da Lei n.º 3/99, de 3 de janeiro (anterior redação da LOFTJ).

<sup>55</sup> Não é preciso que haja todos os acordos referidos no art. 1775º, n.º 1, o que se pretende é que os cônjuges devem acordar sobre os “temas complementares” e o acordo referente à partilha só será exigível se os cônjuges optarem por proceder à partilha dos bens comuns nos termos dos arts. 272º -A a 272º -C do CRC (CID, Nuno de Salter, *apud*, DIAS, Cristina M. Araújo, ob. cit., pp. 36).

<sup>56</sup> *In* DIAS, Cristina M. Araújo, ob. cit., pp. 35-36.

## 6.2.2 – Procedimento

Quando ambos os cônjuges intentam uma ação judicial de divórcio por mútuo consentimento, o processo é apresentado junto do juízo de família e menores do Tribunal da comarca do respetivo domicílio<sup>57</sup>, caso na comarca tal juízo de competência especializada exista, caso contrário, o processo é apresentado no respetivo Tribunal da comarca, atuando este com competência genérica.

Após o recebimento do requerimento no Tribunal, o Juiz avalia os acordos inerentes aos “temas complementares” propostos pelos cônjuges, podendo determinar para esse efeito, a prática de atos e a produção da prova eventualmente necessária.

Posto isto, existindo deferimento liminar, o Juiz convida os cônjuges<sup>58</sup>, parentes ou afins destes ou quaisquer outras pessoas cuja presença veja utilidade para a realização de uma conferência<sup>59</sup>.

No entanto, no tocante ao procedimento à que atender a duas situações: uma **relativa aos acordos que os cônjuges tenham eventualmente junta à ação** e outra **relativa aos demais acordos necessários ao divórcio**.

Relativamente à primeira situação, para os cônjuges intentarem uma ação de divórcio por mútuo consentimento, satisfará apenas a intenção deles em querer se divorciar, não sendo necessário para tal efeito, juntar qualquer dos acordos constantes no art. 1775º, n. 1 do CC.

Caso os cônjuges tiverem junto algum acordo e o Juiz analise que alguns deles não acautelam devidamente os interesses dos cônjuges ou dos seus filhos<sup>60</sup>, propõe-lhes para procederem à alteração do respetivo acordo na própria conferência, como prescreve o art. 1778 -A, n. 6 do CC, caso seja impossível tal alteração no momento, os cônjuges dispõem o prazo de 10 dias<sup>61</sup>, não existindo admissibilidade de recurso<sup>62</sup> a partir do momento em que as partes são convidadas à alteração do conteúdo do acordo.

---

<sup>57</sup> Cfr. arts. 26º, 110º e 114º da LOFTJ.

<sup>58</sup> Caso um dos cônjuges esteja ausente do país onde reside e não possa comparecer na conferência, este pode ser representado por um procurador munido de poderes especiais.

<sup>59</sup> De acordo com a atual redação, foi eliminada a tentativa de reconciliação do cônjuges nesta conferência,

<sup>60</sup> Vide n.º 2 do art. 1778º -A do CC.

<sup>61</sup> Dada a inexistência de prazo para os cônjuges procederem à respetiva alteração do teor do acordo, é aplicável o prazo supletivo previsto no art. 153º, n.º 1 do CPC.

Depois dos cônjuges procederem à respetiva alteração do teor do acordo e o Juiz<sup>63</sup> entender que este já se encontra conforme com os interesses dos próprios cônjuges e dos seus filhos, procederá à homologação deste e ao decretamento do divórcio.

Dado a lei, nada disser quanto à nova alteração do acordo por parte dos cônjuges dias e Juiz entender não estar em conformidade com os interesses supraditos ou não anexarem nenhuma alteração a que foram convidados, entende-se que deve ser aplicável por analogia o disposto no art. 1778º -A, n.º 3 do CC, exceto se algum ou ambos dos cônjuges desistir da ação.

Salvo a desistência de algum ou de ambos os cônjuges e de acordo com o que foi dito anteriormente, o Juiz deve-se pronunciar acerca da impossibilidade de acordo dos cônjuges, como se se tratasse de um divórcio sem consentimento de um dos cônjuges, podendo determinar para este efeito a prática dos atos e a produção da prova que vier a entender necessária<sup>64</sup>.

Relativamente à segunda situação, ou seja, **o procedimento relativo aos demais acordos necessários ao divórcio**, o Juiz tem competência para fixar as respetivas consequências do divórcio referentes às questões consagradas no art. 1775º, como se se tratasse de um divórcio sem consentimento de um dos cônjuges, conforme cita o art. 1778º -A, n.º 3 do CC, podendo determinar para este efeito, a prática de atos e a produção da prova que vier a entender-se necessária. Contudo, como cita o n.º 6 do último referido preceito legal, na determinação das consequências do divórcio, o Juiz deverá sempre não só promover mas também tomar em conta o acordo dos cônjuges.

---

<sup>62</sup> Vide art. 1424º do CPC, tal como sucedia no processo administrativo.

<sup>63</sup> Como já foi anteriormente dito, estas matérias são da exclusiva competência do Juiz, não sendo portanto para aqui chamado o MP (nota de roda pé n.º 52).

<sup>64</sup> Os argumentos que sustentam esta posição são: se o legislador dá a possibilidade aos cônjuges de não terem apresentarem qualquer dos acordos referentes “aos temas complementares previstos no art. 1775º, n.º 1 do CC, quando estes intentam a ação, também o deverá se tal impossibilidade se materializar já na sua pendência, assim como, não faz sentido o Juiz indeferir o pedido de divórcio, na medida em que qualquer um dos cônjuges poderia intentar uma nova ação judicial através do divórcio por suposta falta do consentimento do outro cônjuge, fundada na rutura definitiva do casamento, quando na realidade a vontade de se divorciar é de ambos.

## 7 – Divórcio Sem Consentimento de Um dos Cônjuges

Anteriormente o nosso legislador consagrava duas modalidades de divórcio, nomeadamente, o divórcio por mútuo consentimento e o divórcio litigioso.

Na verdade, apesar da mudança de paradigma, o legislador optou por manter a expressão “divórcio litigioso”<sup>65</sup> nos casos em que estamos perante um divórcio sem consentimento de um dos cônjuges. Depreende-se que da referida opção legislativa, o legislador teve em conta que, apesar de se ter alterado a designação e a tramitação, no fundo, nesta nova modalidade continua a ser necessário intentar uma ação judicial por um dos cônjuges contra o outro para efetivar o divórcio.

Ora, de acordo com a atual redação do Código Civil, o divórcio sem consentimento de um dos cônjuges, resume-se às causas objetivas (separação de facto, alteração das faculdades mentais, ausência sem notícias e rutura definitiva do casamento) para se intentar uma ação de divórcio, prescindindo-se para tal efeito, a necessidade de quaisquer causas subjetivas, ou seja, da culpa de qualquer um dos cônjuges<sup>66</sup>.

---

<sup>65</sup> Apesar da eliminação da expressão “divórcio litigioso” e a sua substituição por “divórcio sem consentimento de um dos cônjuges”, a verdade é que a expressão “divórcio litigioso” continua a ser mantida na epígrafe da Subsecção III da Secção I do Capítulo XII do Título II do Livro IV, cuja situação já não se verifica quanto ao Código de Processo Civil, pois a epígrafe do Capítulo XVII do Título IV do Livro III que se intitulava por “Divórcio e separação litigiosos” foi alterada para “Do divórcio e separação sem consentimento do outro cônjuge”.

<sup>66</sup> Esta modalidade de divórcio, tal como o divórcio por mútuo consentimento, também sofreu várias alterações ao longo do tempo. Assim, é de referir que o DL n.º 47344, de 25 de Novembro de 1966 revogou o Código Civil de 1867 e aprovou o atual Código. Com este decreto, verificou-se uma grande alteração no âmbito do divórcio litigioso, suprimiram-se todas as causas objetivas, passando apenas a assumir grande relevância as causas subjetivas, ou seja, dependentes da culpa de cada um dos cônjuges, cuja designação era dada, pela doutrina e jurisprudência, por “divórcio sanção”, na medida em que se verificava que só o cônjuge que se considerasse inocente teria legitimidade para intentar a respetiva ação judicial contra o outro – o cônjuge culpado.

Com o DL n.º 261/75 readmitiu-se as causas objetivas, mediante a reintrodução da separação de facto como fundamento para os cônjuges se poderem divorciar, desde que a separação fosse “livremente consentida” por um período de 5anos. Contudo, este período foi prorrogado por mais um ano com o DL n.º 561/76.

Por fim, com a Reforma de 1977 e até à entrada em vigor da atual redação, o divórcio litigioso compreendia duas causas bastante distintas: as causas subjetivas e as causas objetivas. As causas

Como já foi abordado no presente trabalho, a violação culposa dos deveres conjugais deixaram de assumir relevância na questão inerente à ação de divórcio, contudo isto não significa que deixaram de merecer tutela do direito, pois continuam a merecê-la numa ação judicial separada da ação de divórcio<sup>67</sup>, como afirma o art. 1792º, n.º 2 do CC.

## 7.1 – Fundamentos

À luz do art. 1781º do CC extraem-se os seguintes fundamentos necessários para que um dos cônjuges possa intentar uma ação de divórcio sem consentimento do outro:

a) *A separação de facto por um ano consecutivo*<sup>68</sup>;

---

subjetivas baseavam-se na culpa de um ou de ambos os cônjuges, cuja vertente se encontrava plasmada no art. 1779º, n.º 1 do anterior CC. Ao passo que as causas objetivas se baseavam nas seguintes situações: (i) separação de facto por um determinado período de tempo; (ii) alteração das faculdades mentais do outro cônjuge, quando dure há mais de três anos e, pela sua gravidade, comprometa a possibilidade de vida em comum; (iii) ausência, sem que do ausente haja notícias, por tempo não inferior a dois anos, como preceituava o art.1781º do anterior CC. Não obstante, nas causas objetivas fazia-se uma distinção entre os casos de separação de facto e de ausência dos casos de alteração das faculdades mentais, cognominando tanto a doutrina como a jurisprudência por “divórcio-constatação” (também designado por “divórcio-fracasso” ou “divórcio-falência”) aos primeiros casos, no sentido de realçar o papel do Tribunal em se limitar a decretar uma situação de rutura de casamento, objetivamente considerada; e “divórcio-remédio” aos segundos casos, uma vez que constituía um “remédio” para ambos os cônjuges na medida da impossibilidade de vida conjunta, independentemente da culpa – VARELA, Antunes, ob. cit., p.402.

<sup>67</sup> A violação culposa dos deveres conjugais, como foi supra citado, deixou pois, de constituir um motivo fundamental para se intentar uma ação de divórcio no Tribunal, para passar a constituir apenas fundamento de ação de responsabilidade civil, destinada ao ressarcimento do cônjuge lesado – as razões que levaram o legislador a afastar a culpa da ação de divórcio estão patenteadas no Projeto de Lei n.º 509/X, - contudo o Decreto n.º 232/X Da Assembleia da República foi primeiramente vetado pelo Presidente da República, mas que, depois da reapreciação do referido decreto pelo Plenário da Assembleia da República, acabou por ser aprovado dando lugar assim, ao texto final da Lei n.º 61/2008.

<sup>68</sup> Na anterior redação, a separação de facto só poderia ser considerada um fundamento para o divórcio, caso já tivesse decorrido três anos consecutivos de separação de facto. Com a atual redação, o prazo é de um ano, como foi supradito, o que configurou a eliminação da alínea b) do art.1781º da anterior redação, que ditava “*a separação de facto por um ano se o divórcio for requerido por um dos cônjuges sem oposição do outro*”.

- b) *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*<sup>69</sup>;
- c) *A ausência, sem que do ausente haja notícias, por tempo não inferior a um ano*<sup>70</sup>;
- d) *Quaisquer outros factos que, independentemente da culpa dos cônjuges, mostrem a rutura definitiva do casamento.*

Atendendo à nova reformulação dada ao art. 1795º -D do CC pode-se constatar que após “*um ano sobre o trânsito em julgado da sentença que tiver decretado a separação de pessoas e bens sem consentimento do outro cônjuge ou por mútuo consentimento, sem que os cônjuges se tenham reconciliado, qualquer deles pode requerer que a separação seja convertida em divórcio*”<sup>71</sup>

### **7.1.1 – Separação de Facto**

A consagração legal da separação de facto está ínsita nos termos do n.º 1 do art. 1782º do CC que determina que há separação de facto, para os efeitos da al. a) do art. 1781º do CC “*quando não existe comunhão de vida entre os cônjuges e há da parte de ambos, ou de um deles, o propósito de não a restabelecer*”.

Para se poder intentar uma ação de divórcio com fundamento na separação de facto é imprescindível a existência de dois elementos cumulativos: o elemento objetivo e o elemento subjetivo. O elemento objetivo traduz-se na necessidade de coexistir a falta de comunhão de vida entre os cônjuges (separação de leito, mesa, habitação<sup>72</sup>), ao passo que o elemento subjetivo se traduz na intenção de romper a vida em comum. Este

---

<sup>69</sup> O prazo na anterior redação era de três anos.

<sup>70</sup> Verifica-se uma redução de um ano relativamente à anterior redação, pois antes o prazo era de dois anos.

<sup>71</sup> No regime anterior, a possibilidade de um dos cônjuges poder requerer a conversão da separação judicial de pessoas e bens em divórcio era de dois anos, contados após do respetivo trânsito em julgado.

<sup>72</sup> Ver ponto 3.2 relativamente ao significado destas três palavras.

elemento subjetivo reflete-se no art. 1782º, n.º 1 do CC quando diz “num propósito, da parte de ambos os cônjuges ou de um deles, de não restabelecer a comunhão de vida”<sup>73</sup>.

Saliente-se que, para efeitos legais, não basta apenas se verificar o elemento objetivo<sup>74</sup>, pois se não se verificar o elemento subjetivo, ou seja, a intenção de não querer o restabelecimento da comunhão de vida, não existe separação de facto, mas para tal efeito, é necessário também que se verifique que tal separação de facto já perdura há mais de um ano consecutivo.

O STJ tem seguido o entendimento de que “*o simples facto de o autor intentar a ação de divórcio demonstra, só por si, o propósito de não reatamento da sociedade conjugal, já que traduz uma manifestação nesse sentido*”<sup>75</sup>.

É de entender-se, que para existir separação de facto, como anteriormente foi dito, é indubitavelmente necessária a existência de dois elementos, ou seja, a ausência de vida comum e a intenção de não querer restabelecer a comunhão de vida matrimonial, não se bastando assim, para tal efeito, apenas a averiguação de um só elemento.

Face ao exposto, é imperiosamente necessário que já tenha decorrido mais de um ano, sem qualquer interrupção, a separação de facto, para se poder instaurar uma ação com este fundamento, caso contrário, aquando da propositura da ação esta seria improcedente. Em termos processuais, a causa de pedir na ação de divórcio integra qualquer uma das categorias elencadas nos termos do art. 498º, n.º 4 do CPC e o cônjuge que formula o pedido, autor da petição inicial, tem de fazer prova dos factos constitutivos do direito alegado, como determina o n.º 1 do art. 342º do CC.

---

<sup>73</sup> In COELHO, Francisco Pereira, OLIVEIRA, Guilherme de, ob. cit., pp. 684 e 685.

<sup>74</sup> Note-se que nem todos os casos em que se verifica o elemento objetivo significa que exista a separação de facto, como por exemplo, os cônjuges podem viver em casas separadas por questões profissionais (os cônjuges não vivem na mesma residência pelo facto de um deles ter ido trabalhar para um país diferente ou cidade distante da sua casa de morada de família), uma vez que não se verifica o elemento subjetivo.

<sup>75</sup> Cfr. Acs. do STJ de 5.7.2001 (Col. Jur. – STJ 2001, t. 2, p. 164) e STJ de 11.7.2006 (Col. Jur. – STJ 2006, t.2, p. 157)

## 7.1.2 – Alteração das Faculdades Mentais

Este fundamento, inócuo de culpa, está patentado na al. b) do art. 1781º do CC.

Se fragmentarmos esta alínea pode-se extrair os seguintes elementos: que o cônjuge padeça de uma alteração nas suas faculdades mentais, sobre o qual assume uma posição de réu na petição inicial; que tal anomalia perdure há mais de um ano; que seja grave; e que, impossibilite a comunhão de vida.

A alteração das faculdades mentais *“quando seja grave, destrói à partida, ao contrário do que acontece quando se trata de outras doenças, a plena comunhão de vida que é a essência do casamento (art. 1577º), uma comunhão de vida, não apenas física, mas também intelectual e afetiva”*<sup>76</sup>.

O legislador entendeu, e a nosso entender muito bem, não achar plausível nem viável a obrigação do outro cônjuge se submeter à manutenção de um casamento que *“já não tem pernas para andar”*. Porém, nestes casos, é sempre possível que haja um resíduo de vida em comum, *“mas a continuação de uma vida em comum tão gravemente limitada representaria para o outro cônjuge um sacrifício inexigível”*<sup>77</sup>, não devendo então o nosso sistema jurídico, impor ao cônjuge um *“sacrifício tão pesado”*<sup>78</sup>.

Nos termos do n.º 1 do art. 1785º do CC, só o cônjuge que invoca a alteração das faculdades mentais, pode peticionar uma ação de divórcio, e é-lhe atribuído o respetivo ónus da prova. Contudo, o cônjuge que intente a ação fica obrigado a indemnizar o outro cônjuge para reparar os danos morais causados ao outro cônjuge pela dissolução do casamento (art. 1792º, n.º 2 do CC).

## 7.1.3 – Ausência Sem Notícia

Como já foi anteriormente dito, este fundamento está preceituado na al. c) do art. 1781º do CC e para que estejamos perante este fundamento é imprescindível que o cônjuge não ausente, não saiba mesmo de quaisquer notícias sobre o cônjuge ausente, caso contrário, se o cônjuge não ausente saiba de alguma notícia do cônjuge ausente, o

---

<sup>76</sup> In COELHO, Francisco Pereira, e OLIVEIRA, Guilherme de, ob. cit., pp. 688 e 689.

<sup>77</sup> NETO, Abílio, *“Código Civil Anotado”*, 15ª Ed., p. 1375.

<sup>78</sup> *Idem*, ob. cit., p. 1375.

prazo interrompe-se, iniciando-se assim um novo prazo a partir do momento em que obteve alguma informação sobre ele.

Assim, quando o cônjuge não ausente, não possuir quaisquer informações sobre o seu cônjuge e já tiver decorrido mais de um ano da sua ausência, pode intentar uma ação invocando este fundamento (art. 1785º, n.ºs 1 e 2 do CC)<sup>79</sup>.

#### 7.1.4 – Rutura Definitiva do Casamento

Outra causa objetiva que constitui fundamento para se intentar uma ação de divórcio sem consentimento do outro cônjuge é a rutura definitiva do casamento que se encontra prevista na al. d)<sup>80</sup> do art. 1781º do CC. Desta alínea do referido preceito legal, pode-se individualizar cinco elementos: (i) têm de estar em causa situações da vida real; (ii) que essas situações sejam outras das elencadas no referido preceito legal; (iii) que essas situações indiciem a rutura definitiva do casamento<sup>81</sup>; (iv) a eventual culpa de um ou ambos os cônjuges (que se pode ou não aferir); (v) e o decurso de qualquer prazo (pois nas restantes causas patenteadas no referido preceito legal, todas elas pressupõem um prazo). Os três primeiros elementos são de cariz positivo, ou seja, têm de ser cumulativos e de se verificar indubitavelmente, ao passo que os dois últimos são de cariz neutro, uma vez que, para se intentar um divórcio com este fundamento, é prescindível a sua verificação.

Tendo em consideração a exposição dos motivos do Projeto de Lei n.º 509/X “*se o sistema do «divórcio rutura» pretende reconhecer os casos em que os vínculos matrimoniais se perderam independentemente da causa desse fracasso, não há razão*

---

<sup>79</sup> Dado o facto de o prazo da separação de facto ser o mesmo que o da ausência para se obter o divórcio, se o cônjuge não ausente não conseguir fazer prova da ausência do seu cônjuge, pode invocar o outro fundamento, desde que alegue e demonstre o elemento subjetivo, já que a ausência pressupõe a verificação de uma situação de separação de facto “*hoc sensu*”, já para não se falar que na separação de facto é muito mais fácil e acessível se obter o divórcio do que na ausência.

<sup>80</sup> Esta nova causa objetiva do divórcio foi, “sem sombra de quaisquer dúvidas”, uma das mais profundas alterações introduzidas no regime jurídico do divórcio, operada com a Lei 61/2008, que veio substituir o anterior fundamento do divórcio fundado na violação culposa dos deveres conjugais.

<sup>81</sup> Rutura definitiva do casamento é o elemento mais difícil de concretizar, cabendo à doutrina e, mais precisamente, à jurisprudência delimitar uma maior precisão sobre tal elemento.

*para não admitir a relevância de outros indicadores fidedignos da falência do casamento. Por isso acrescenta-se uma cláusula geral que atribui relevo a outros factos que mostram claramente a rutura manifesta do casamento, independentemente da culpa dos cônjuges e do decurso de qualquer prazo. O exemplo típico, nos sistemas jurídicos europeus, é o da violência doméstica – que pode mostrar imediatamente a inexistência da comunhão de vida própria de um casamento*<sup>82</sup>.

Pode-se então dizer, que não basta apenas haver uma rutura do casamento<sup>83</sup> para que cada um dos cônjuges possa intentar uma ação de divórcio contra o outro, pois para tal efeito, é necessário e imprescindível que essa rutura seja definitiva<sup>84</sup>.

Face ao exposto, é do nosso entendimento que o legislador, com este fundamento, quis admitir a possibilidade de os cônjuges se poderem divorciar logo após a celebração do casamento, ou pouco tempo depois<sup>85</sup>, desde que verificados quaisquer factos relevantes para existência da rutura definitiva do matrimónio.

Atendendo à situação descrita na exposição dos motivos do Projeto de Lei, ou seja, a situação da violência doméstica<sup>86</sup>, esta sim, circunscreve claramente uma

---

<sup>82</sup> In DIAS, Cristina M. Araújo, ob. cit., p. 37 e RAMIÃO, Tomé d'Almeida, ob. cit., pp. 74 e 75.

<sup>83</sup> Como por exemplo, ao longo do passar dos anos, é normal existirem discussões, desentendimentos desagradáveis, distanciamento entre os casais, por as mais diversas razões, porém não quer dizer que tais situações sejam reveladoras de “falência” do casamento e que constituam, por seguinte, a rutura definitiva do casamento (sendo necessário para o efeito a verificação obrigatória dos três requisitos supra mencionados).

<sup>84</sup> Este conceito de “definitividade”, por vezes, pode-nos induzir à ideia da existência de qualquer decurso de tempo para se o poder verificar, no sentido de que só com o passar do tempo é que os cônjuges se afastam um do outro devido ao acumular de variadas situações, mas a verdade, e como reafirma o art. 1781º do CC, para este fundamento não é imprescindível o decurso de qualquer tempo.

<sup>85</sup> Por exemplo, suponhamos a situação que na lua-de-mel, ou numa viagem que ambos idealizaram, um dos cônjuges maltrata, desrespeita, ameaça e agride verbal e fisicamente o outro. É de entender que esta situação circunscreve claramente uma situação de rutura definitiva do casamento.

<sup>86</sup> Após estudos efetuados, constata-se uma colossal percentagem de violência no casal, sobretudo dos homens para com as suas mulheres. Em França, verifica-se uma percentagem de 70% de casos de divórcio litigioso peticionados pelas mulheres por violação dos deveres conjugais; em Inglaterra, pressupõe-se que, um em cada três pedidos de divórcio são fundados na violência doméstica; em Portugal, “num inquérito realizado pelo Eurobarómetro em toda a Europa, 18% dos abordados portugueses disseram que conheciam, no círculo da família e amigos, alguém que “submeteu” uma mulher a qualquer forma de violência doméstica. A percentagem sobe para 21% quando a questão é colocada pelo ângulo da vítima e “«de uma forma geral», 86% dos inquiridos nacionais pensam que a

situação de rutura definitiva do casamento. “A *necessidade de introdução da violência doméstica como causa autónoma de divórcio que consubstanciasse a rutura definitiva do casamento foi defendida pela APMJ*<sup>87,88</sup>. Segundo o entendimento desta associação a “*violência contra as mulheres e as crianças não pode ser discutida apenas nos Tribunais Criminais, deve também ser apreciada nos Tribunais de Família, caso contrário, corre-se o risco de, no regime de exercício das responsabilidades parentais, as mulheres que, em sede de processo criminal não viram apreciada aquela situação, serem obrigadas a ter que entrar em contato com o agressor para tomada de decisões em relação aos filhos, colocando-os em perigo, num regime de visitas forçado, e sendo, ainda, perseguidas penalmente por crime de subtração de menores, tal como tipificado pelo art. 249, n.º 1 al. a) do CP*”<sup>89</sup>.

Contudo, este fundamente, como meio para se intentar uma ação de divórcio, não se cinge apenas e tão só à situação de violência doméstica, ou seja, como já foi supradito, abrange todas as situações que relevem a rutura definitiva do casamento.

Assim, o direito ao divórcio fundado na rutura definitiva do casamento pode ser exercido e requerido por qualquer um dos cônjuges nos termos do art. 1785º, n.º 1 do CC.

## 7.2 – Legitimidade

Qualquer um dos cônjuges pode intentar uma ação de divórcio contra o outro desde que:

- i) Haja a separação de facto por um ano consecutivo e,
- ii) Se existam quaisquer outros factos que mostrem a rutura do casamento, independentemente da culpa dos cônjuges.

---

violência doméstica é «comum» em Portugal, uma das perceções mais elevadas em toda a União Europeia, só superada pelo Reino Unido, pela França e pela Itália”.

([http://www.jn.pt/PaginaInicial/Sociedade/Interior.aspx?content\\_id=1667749](http://www.jn.pt/PaginaInicial/Sociedade/Interior.aspx?content_id=1667749))

<sup>87</sup> A APMJ “*é uma organização não-governamental de juristas, fundada em 1988, com o objetivo de contribuir para o estudo crítico do Direito sob a perspetiva da defesa dos direitos das Mulheres*”.

<sup>88</sup> V. DIAS, Cristina M. Araújo, ob. cit., p. 37.

<sup>89</sup> *Idem*, pp. 38 e 39.

Quando esteja em causa uma ação fundada na ausência sem notícias, só o cônjuge não ausente poderá interpor tal ação, desde que tal ausência se constate há mais de um ano.

Quando se assista a um caso em que um dos cônjuges pretenda intentar uma ação de divórcio com fundamento na alteração das faculdades mentais do outro, só o cônjuge que não sofra de tais alterações mentais o pode fazer, desde que tal alteração mental se verifique há mais de um ano e que pela gravidade da situação em si, comprometa a possibilidade de vida em comum.

Suponhamos que o cônjuge que pretende requerer uma ação de divórcio e que, cuja pessoa, seja interdita<sup>90</sup>, tal ação pode ser interposta pelo seu representante legal, desde que autorizado pelo conselho de família<sup>91</sup>.

A ação especial de divórcio sem consentimento tramita-se sob a forma constante nos termos do arts. 1407º e 1408º do CPC<sup>92</sup>.

## **8 – Consequências Jurídicas do Divórcio – Breves Considerações**

Os efeitos jurídicos do divórcio<sup>93</sup> vêm consagrados nos termos dos arts. 1788º e ss do CC.

À luz do primado princípio geral, preceituado no art. 1788º do CC, “o divórcio dissolve o casamento e tem juridicamente os mesmos efeitos da dissolução por morte, salvas as exceções consagradas na lei”, nomeadamente:

- i) O cônjuge divorciado pode manter o apelido do seu ex-cônjuge, desde que este último dê o seu consentimento ou se o tribunal o autorizar<sup>94</sup>.

---

<sup>90</sup> Vide arts. 1927º a 1950º do CC e arts. 138º a 151º CC.

<sup>91</sup> Cfr. arts. 1951º a 1960º CC.

<sup>92</sup> Vide, para melhor desenvolvimento, RAMIÃO, Tomé d'Almeida, pp. 79 a 90.

<sup>93</sup> Dada a reestruturação despoletada no regime do divórcio pela Lei 61/2008, deixaram de coexistir os efeitos decorrentes da declaração do cônjuge único culpado ou principal culpado pelo divórcio no que diz respeito ao novo processo de divórcio sem consentimento de um dos cônjuges. A saber: (i) na eficácia das liberdades a favor dos cônjuges; (ii) na ressarcibilidade dos danos morais; (iii) no direito a alimentos; (iv) na partilha dos bens comuns; e, (v) no dever de assistência durante a separação de facto.

<sup>94</sup> V. art. 1677º -B, n.º 1 “*in fine*” do CC.

- ii) Ressalvados os prazos internupciais patenteados no art. 1605º do CC, qualquer dos cônjuges pode contrair novo casamento;
- iii) O cônjuge vivo não é chamado à herança do “*de cujus*”, se já se encontrar divorciado ou separado judicialmente de pessoas e bens, quer a sentença já tenha transitado em julgado ou quer a sentença de divórcio ou separação de pessoas e bens vier a ser proferida posteriormente àquela data, nos termos do art. 1785º, n.º 3 do CC<sup>95</sup>;
- iv) A extinção da afinidade, quando o casamento é dissolvido pelo divórcio (mantém-se, porém, quando é dissolvido pela morte do outro cônjuge)<sup>96</sup>.

## 8.1 – Alimentos

No que concerne aos alimentos<sup>97</sup> deve-se ter em conta: os alimentos definitivos e os alimentos provisórios. Assim, os primeiros são aqueles que ficaram estabelecidos na sentença judicial que já tenha transitado em julgado, ao passo que os segundos são aqueles que são arbitrados a favor do cônjuge necessitado no início da própria ação de alimentos ou separação de facto, com o intuito de as necessidades básicas deste estejam supridas até à fixação definitiva dos alimentos que ocorrem com o término da ação.

### 8.1.1 – Alimentos Definitivos

Nos termos do art. 2015º do CC “*na vigência da sociedade conjugal, os cônjuges são reciprocamente obrigados à prestação de alimentos, nos termos do artigo 1675º*”.

Destarte, no divórcio e separação de pessoas e bens, o art. 2016º do CC determina que cada um dos cônjuges, após o divórcio, deve prover à sua própria subsistência (n.º 1). Pode-se então dizer que a “*mens legislatoris*” foi, com este

---

<sup>95</sup> Cfr. art. 2133º, n.º 3 do CC.

<sup>96</sup> Vide art. 1585º do CC.

<sup>97</sup> Pode-se definir os alimentos como “*tudo aquilo o que é indispensável ao sustento, habitação e vestuário*” assim como “*a instrução e educação do menor*” como reafirma o art. 2003º do CC.

princípio, realçar que o direito a alimentos deve revestir uma natureza temporária, não devendo tal direito perdurar para sempre, obrigando desta forma o “suposto alimentado” a angariar meios de subsistência e conseqüentemente, desobrigando o outro a ter de suportar tais encargos de forma vitalícia<sup>98</sup>. Contudo, deve se proceder a uma avaliação das condições em que se encontra o cônjuge necessitado de alimentos, especialmente, no caso da idade, situação de saúde, qualificações profissionais e possibilidades de emprego, entre outras, devendo assim, o outro ex-cônjuge satisfazer as necessidades básicas nos primeiros tempos subsequentes ao divórcio<sup>99</sup>.

O n.º 2 do referido preceito legal estabelece que, independentemente do tipo de divórcio que tenha sido decretado entre os cônjuges, cada um deles possui o direito a alimentos, porém, este direito pode ser negado, por razões manifestas de equidade<sup>100</sup> (n.º 3).

Os alimentos devem ser fixados em prestações mensais, exceto se existir um acordo ou disposição legal em contrário, ou se ocorrerem motivos que justifiquem medidas de exceção, como prescreve o n.º 1 do art. 2005º do CC.

Assim, “*os alimentos são devidos desde a propositura da ação ou, estando já fixados pelo tribunal ou por acordo, desde o momento em que o devedor se constituiu em mora*”, conforme preceitua o art. 2006º do CC.

---

<sup>98</sup> Neste sentido, também se refere o Ac. do TRC, de 24 de maio de 2005 que determina: “O casamento (como expoente máximo da última satisfação pública de amor, afeto e carinho) só faz (hoje) sentido quando os dois cônjuges o querem e enquanto nele ambos se sentirem bem, não se justificando, a nosso ver, que um, dos cônjuges tenha que pagar um tributo ao outro só porque a luz desse amor, afeto e carinho, que outrora existiu, se apagou entretanto (estamos só a referir-nos àquela obrigação que um dos ex-cônjuges tem de assegurar ao outro, mesmo após a extinção do casamento, o mesmo nível de vida que tinha à data dessa dissolução). Nada, pois, a nosso ver, o justifica, quer à luz do direito, quer mesmo da moral”.

<sup>99</sup> É de sublinhar que o legislador ao eliminar a culpa no divórcio, no que toca ao montante dos alimentos, patenteado nos termos do art. 2016º, mais precisamente, no seu n.º 3 do CC, “o cônjuge credor não tem direito a exigir a manutenção do padrão de vida de que beneficiou na constância do matrimônio”. Ou seja, o cônjuge devedor da prestação de alimentos não tem a obrigação de manter ao outro cônjuge o padrão de vida, situação económica e social que possuía antes do divórcio. É de extrema importância salientar também, que a obrigação de prestar alimentos em benefício dos filhos menores do cônjuge devedor prevalece sobre a obrigação de alimentos sobre o cônjuge credor.

<sup>100</sup> O Juiz deve atender aos critérios de justiça e igualdade no reconhecimento do direito a alimentos. Ou seja, deve-se atender à equidade no sentido de não sacrificar o ex-cônjuge que fique obrigado à prestação de alimentos e que se encontre numa situação impossível de suportar tal obrigação.

A obrigação de alimentos entre os cônjuges insere-se nas obrigações não autónomas, e sendo esta uma obrigação cuja dívida é pecuniária, está vinculada ao princípio geral das obrigações quanto ao lugar do seu cumprimento, logo deve ser cumprido no lugar do domicílio que o credor tiver ao tempo do cumprimento (art. 774º do CC), caso mude de domicílio, o cumprimento deve efetuar-se no domicílio do devedor, a menos que o credor se comprometa a indemnizar o devedor do prejuízo que sofrer com as mudanças.

Nos termos dos arts. 2019º e 2013º, n.º 1 do CC, a obrigação de alimentos cessa quando: o alimentado ou o obrigado morram; o obrigado não possa continuar a prestá-los; o alimentado deixar de necessitar deles; o alimentado contraia novo matrimónio; e, se torne indigno do benefício do seu comportamento moral.

A nível processual, os alimentos definitivos podem ser deduzidos na ação de divórcio (n.º 2 do art. 470º do CPC) ou podem ser pedidos em ação autónoma, sob ação declarativa na forma ordinária ou sumária, consoante o seu valor, nos termos gerais. Tal ação deve ser instaurada no Tribunal de Família e de Menores com jurisdição na área do domicílio do réu, ou no Tribunal do lugar em que a obrigação devia ser cumprida quando o credor e o devedor tiveram domicílio na mesma área metropolitana de Lisboa ou do Porto, ou no Tribunal com competência cível.<sup>101</sup>

Face ao exposto, os alimentos podem ser alterados nos termos do art. 2012º do CC e art. 671º, n.º 2 do CPC.<sup>102</sup>

### **8.1.2 – Alimentos Provisórios**

O cônjuge carecido de alimentos pode lançar de um procedimento cautelar nominado, urgente, que é apreciado e decidido no prazo de dois meses, regulado no art. 382º do CPC, quer na pendência de ação autónoma de alimentos, quer na ação de divórcio, quer previamente à instrução de qualquer uma destas ações, enquanto não haver pagamento da primeira prestação definitiva (art. 399º, n.º 1 do CPC). Ou seja, enquanto não for fixada e paga a primeira prestação de alimentos definitivos, mantém-

---

<sup>101</sup> Vide art. 81º al. f) da LOFTJ e art. 74º, n.º 1 do CPC.

<sup>102</sup> O processo adequado para formular o pedido de alteração dos alimentos vem consagrado no art. 1121º do CPC.

se o pagamento da prestação de alimentos provisórios. Esta prestação é devida a partir do primeiro dia do mês subsequente à data em que for deduzido o pedido (art. 401º, n.º 1 do CPC)<sup>103</sup>.

Os alimentos provisórios vêm estipulados no art. 2007º do CC.

Assim, no seu n.º 1, o Juiz segundo o seu prudente arbítrio pode, a requerimento do alimentado, ou oficiosamente se este for menor, conceder alimentos provisórios, enquanto não se fixarem os alimentos definitivos. Todavia, independentemente do resultado da ação principal, não há lugar à restituição dos alimentos provisórios recebidos como cita o n.º 2 do referido disposto legal. Se o requerente agir de má-fé, responde pelos danos causados, sendo a indemnização fixada equitativamente como reforça o art. 402º do CPC.

Quanto ao procedimento, o foro competente para conhecer a providência cautelar de alimentos provisórios será o mesmo da ação principal, ou seja, no Tribunal onde se intenta a ação de divórcio sem consentimento, se aí juntar um pedido de alimentos, ou ação de alimentos, atendendo às regras da competência aplicáveis a estas ações (art. 83º, n.º1 al. c) do CPC)<sup>104</sup>.

Os alimentos provisórios podem ser pedidos ao abrigo do procedimento cautelar estipulado no art. 399º do CPC ou ao abrigo do procedimento especial nos termos do art. 1407º, n.º 7 do CPC. De acordo com o último disposto legal, os alimentos provisórios só são devidos na pendência da ação do processo de divórcio, caducando se no prazo de 30 dias, contados da data de trânsito em julgado da sentença que se pronuncie sobre o divórcio, quando não for instaurada a ação principal de alimentos definitivos.

Tal como os alimentos definitivos, os alimentos provisórios também podem ser alterados ou extintos se se verificarem circunstâncias supervenientes que o justifiquem., nos termos do arts. 401º, n.º 2 e 1121º, n.º 2 do CPC.

---

<sup>103</sup> Outrossim, podem ser pedidos e fixados no processo de divórcio sem consentimento de um dos cônjuges, como prescreve o art. 1407º, n.º 7 do CPC. Mas a sua manutenção apenas se verifica na pendência do processo de divórcio, extinguindo-se com o trânsito em julgado da decisão que decretou o divórcio.

<sup>104</sup> Se a providência cautelar de alimentos for intentada antes da ação principal, será “*à posteriori*” apensada a esta quando se intente a ação, caso a providência seja intentada na pendência da ação principal, será instaurada no Tribunal onde esta corre e a processar por apenso.

## 8.2 – Partilha

As relações matrimoniais entre os cônjuges cessam após o divórcio e como tal, deve se proceder à respetiva partilha dos bens<sup>105</sup>. E, qualquer dos cônjuges possui o direito à partilha dos bens, podendo tal exigência ser efetuada por acordo (extrajudicialmente) ou em processo de inventário como preveem os arts. 2102º, n.º 1 do CC e 1404º do CPC.

Como flui do art. 1790º do CC “*Em caso de divórcio, nenhum dos cônjuges pode na partilha receber mais do que receberia se o casamento tivesse sido celebrado segundo o regime de comunhão de adquiridos*”<sup>106</sup>.<sup>107</sup> Posto isto, podemos extrair que qualquer dos cônjuges face ao decretamento do divórcio e, independentemente do tipo de regime de casamento que tenham convencionado, apenas poderão levar a seu favor os bens que levaram para o casamento como aqueles que adquiriram na constância do matrimónio a título gratuito<sup>108</sup>.

Homologado o divórcio, procede-se à partilha dos bens em função do regime de bens que se convencionou, ficando na posse de cada um dos cônjuges os seus bens próprios e a sua meação no património comum, conferindo assim, a cada um deles o direito a esse património, como consagram os arts. 1730º, n.º 1 e 1689º, n.º 1 do CC, salvo se o regime convencionado entre os cônjuges ou imposto por lei for o da separação de bens, pois neste caso não existem bens comuns e como tal, não há lugar ao processo de partilha.

---

<sup>105</sup> Vide arts. 1688º, 1788º e 1789º, n.º 1 do CC.

<sup>106</sup> Na anterior redação, no seu art. 1790º, determinava-se que o cônjuge culpado ou principal culpado não podia receber mais do que receberia se o casamento tivesse sido celebrado segundo o regime de comunhão de adquiridos. Como se pode analisar, a única alteração que houve foi a de que este impedimento legal só se aplicava ao cônjuge único culpado ou principal culpado do divórcio.

<sup>107</sup> *Segue-se, neste ponto, o direito alemão, que evita que o divórcio se torne um meio de adquirir bens, para além da justa partilha do que se adquiriu com o esforço comum na constância do matrimónio, e que resulta da partilha segundo a comunhão de adquiridos. Abandona-se o regime atual que aproveita o ensejo para premiar um inocente e castigar um culpado*”, conforme determina o Projeto Lei n.º 509/X, no seu ponto 4.

<sup>108</sup> Esta situação outrora não era assim, pois os cônjuges que tivessem convencionado o regime de comunhão geral de bens, em caso de divórcio, todos os bens próprios levados para o casamento, bem como todos aqueles que adquirissem na constância do matrimónio, seriam comuns na partilha.

A prerrogativa ínsita no art. 1689º, n.º 1 “*in fine*” do CC prevê as denominadas transferências de valores<sup>109</sup> entre o património, ou seja, o património comum e o património próprio de cada um dos cônjuges. Assim, o património próprio de cada um dos cônjuges deve ser consolidado no património comum e tais compensações, consequentemente, devem ser efetuadas na partilha.

Como se pode verificar no art. 1676º, n.º 1 do CC, ambos os cônjuges possuem o dever de contribuir para os encargos da vida familiar<sup>110</sup> através “*da harmonia entre as possibilidades de cada um, e pode ser cumprido, por qualquer deles, pela afetação dos seus recursos àqueles encargos e pelo trabalho despendido no lar ou na manutenção e educação dos seus filhos*”<sup>111</sup>.

Destarte, os elementos constitutivos do direito à compensação, que possui cada um dos cônjuges, estão consignados nos termos do art. 1676º, n.º 2 e 3 do CC que são os seguintes:

- i) “*A verificação de um contributo consideravelmente superior ao previsto no n.º 1 do art. 1676º do CC;*
- ii) “*O excesso desse contributo resultar como efeito da renúncia excessiva à satisfação dos interesses do respetivo cônjuge, designadamente, os relativos à sua vida profissional, em favor da vida em comum;*
- iii) “*Uma relação de causalidade entre esta renúncia excessiva e a verificação de prejuízos patrimoniais importantes por parte do mesmo cônjuge*”<sup>112</sup>.

---

<sup>109</sup> A título meramente exemplificativo, essas transferências de valores são movimentos de capitais comuns que são utilizados para se proceder a pagamentos referentes a obras que sejam necessárias na casa de morada de família. Em suma, estas transferências constituem um género de conta corrente (entre o património próprio e o comum) que são utilizadas para satisfazer o pagamento de várias necessidades existentes, atinentes à vida comum dos cônjuges e que cessa no momento da partilha.

<sup>110</sup> O dever de contribuir para os encargos da vida familiar é um dos deveres conjugais a que ambos os cônjuges estão reciprocamente vinculados devido ao estado de casado.

<sup>111</sup> Os contributos que cada um dos cônjuges deve prestar refletem-se designadamente, por um lado nos proventos ou rendimentos de cada um dos cônjuges (prestações facilmente quantificáveis), e por outro, o contributo que cada um dos cônjuges oferece em prol do lar ou na manutenção ou educação dos seus filhos (prestações de facto). Contudo, nestas últimas reside um enorme celeuma na medida em que é muito difícil quantificar o tempo que cada um dos cônjuges dispôs à sua família assim como, a dedicação e empenho que cada um deu aos seus filhos a nível educacional, por exemplo. É muito difícil apurar estas questões, não só a nível da subjetividade mas também, pela questão de o fazer provar.

<sup>112</sup> In COLAÇO, Amadeu, ob. cit., pp. 82 e 83.

De acordo com o primeiro elemento, entendemos que o contributo que cada um dos cônjuges oferece para os encargos da vida familiar, salvo melhor opinião, não é aritmeticamente igual, por variadíssimas razões, tais como, por exemplo, os rendimentos de um poderem ser superiores ao do outro e como tal, o que auferir mais pode proporcionar uma vida melhor, o tempo de trabalho de um pode despendir mais horas do que o outro, o que o impossibilita de passar mais tempo com os seus filhos. Somos apologistas de que essa contribuição deve ser proporcional de acordo com os contributos que cada um pode oferecer, pois um pode contribuir mais de forma monetária e o outro compensar com o esforço e dedicação aos seus filhos e ao lar<sup>113</sup>.

Relativamente ao segundo elemento, entendemos que na maioria dos casos, esta situação se verifica e como tal, o cônjuge que contribui de mais para os encargos da vida familiar, renúncia, de algum modo, aos seus próprios interesses.

O legislador ao introduzir esta nova prerrogativa, “deixou em aberta” quais serão, efetivamente, as renúncias excessivas, apenas dando a título de exemplo as inerentes à vida profissional, ou seja, o legislador não quis contemplar apenas e tão-só esta situação, mas sim, todas aquelas situações que se consubstanciem num contributo significativamente superior ao que a lei exige, implicando assim, prejuízos patrimoniais importantes<sup>114</sup>.

Finalmente, o terceiro elemento diz respeito aos prejuízos patrimoniais, cuja situação é muito difícil de ser apurada, pois as prestações podem ser feitas em espécie, como por exemplo, o trabalho prestado no lar e não apenas, prestado em dinheiro. Outra questão que se suscita aqui, é também a de se saber se este “prejuízo” contempla ou não

---

<sup>113</sup> Nesta situação, é interessante referir um exemplo bastante paradigmático, que é: um dos cônjuges se dedicar única e exclusivamente ao lar e à educação dos seus filhos, prescindindo portanto, de trabalhar, desde que seja do comum entendimento dos cônjuges. Como se procederá então, perante esta situação, a nível da compensação? Deverá haver ou não forma escrita? Entendemos que sim, que não se deve basear apenas numa mera forma verbal, pois ao ser reduzido a escrito tal comum acordo, irá facilitar em termos de prova.

<sup>114</sup> A título meramente exemplificativo, cabe nesta situação, aqueles casos em que é única e basicamente um dos cônjuges a suportar todos e quaisquer encargos da vida em comum, assim como aquele que abdicou do seu emprego para viver única e basicamente para o trabalho doméstico, que por norma, são as mulheres, renunciando, nesta última situação, aos seus interesses próprios. E como tal, é de extrema importância averiguar a “contabilização”, para se apurar os prejuízos patrimoniais sofridos.

a do art. 564º do CC, ou seja, se compreende apenas os danos emergentes ou se contempla os danos emergentes e os lucros cessantes<sup>115</sup>.

A questão “lucros cessantes” merece especial tutela no sentido de que, quando um dos cônjuges renúncia a uma determinada vantagem patrimonial, por exemplo, uma recusa na progressão profissional, para atender aos seus compromissos familiares, deve o cônjuge sacrificado, possuir uma compensação para reparar tal dano. Somos da opinião que nesta situação em causa, estaremos perante uma situação que engloba tanto os danos emergentes como os lucros cessantes.

Outra grande celeuma que se debruça aqui, reside nos “prejuízos patrimoniais importantes”, dado este conceito se consubstanciar nos conceitos indeterminados, o que acarreta conseqüentemente, uma enorme dificuldade na sua apuração em termos de compensação a atribuir ao cônjuge sacrificado. Posto isto, competirá ao juiz proceder tal apreciação e dirimir tal problema.

Face ao exposto, o crédito de compensação só é exigível no momento da partilha dos bens do casal como estabelece o n.º 3 do referido disposto legal, a não ser que vigore o regime de separação de bens entre os cônjuges. Após esta leitura induz-nos à ideia de que o legislador exclui o direito à compensação quando o regime estipulado entre os cônjuges seja o da separação de bens, uma vez que neste regime não há bens comuns, contudo esta leitura deve ser feita “*à contrario*”, podendo o cônjuge sacrificado lançar mão desse direito, mas só depois de decretado o divórcio, em ação própria.

### **8.3 – Destino da Casa de Morada de Família**

A casa de morada de família pode ser definida como “*aquela que constitui a residência permanente dos cônjuges e dos filhos, a sua residência habitual ou principal*”<sup>116</sup>. Neste sentido, também se refere o Ac. do TRL, de 12 de fevereiro de 1998 (Col. Jur. 1998, t-I, p. 121) de que “*a casa de mora de família implica que ela constitua*

---

<sup>115</sup> O termo “lucro cessante” é aqui utilizado como um conjunto de benefícios/regalias que um dos cônjuges deixou de possuir devido à renúncia excessiva dos seus interesses.

<sup>116</sup> In RAMIÃO, Tomé d`Almeida, ob. cit., p.133.

*ou tenha constituído a residência principal do agregado familiar e que um dos cônjuges seja titular do direito que lhe confira o direito à utilização”.*

Se estivermos perante um divórcio ou separação judicial de pessoas e bens por mútuo consentimento, os cônjuges devem juntar ao acordo a menção inerente à utilização da casa de morada de família, instaurando esse processo na Conservatória do Registo Civil, *“e que vigorará no período da pendência da ação e posteriormente o divórcio ou separação, se o contrário não resultar desse documento – art. 1775º, n.º 2 do CC, art. 272º, n.º 4 do CRC e art. 1419º, n.º 2 do CPC”*<sup>117</sup>.

Contrariamente, caso os cônjuges não cheguem a acordo, independentemente do regime provisório estabelecido no art. 1407º, n. 7 do CPC, compete ao Tribunal decidir a atribuição da utilização da casa de morada de família, de acordo com o art. 1413º do CPC.

Este efeito atinente ao divórcio<sup>118</sup> está ínsito no art. 1793º do CC.

Assim, no seu n.º 1, o Tribunal pode *“ dar de arrendamento qualquer dos cônjuges, a seu pedido, a casa de morada de família, quer esta seja comum quer própria do outro, considerando, nomeadamente, as necessidades de cada um dos cônjuges e o interesse dos filhos do casal”*<sup>119</sup>. Contudo, a nível da questão de arrendamento este *“fica sujeito às regras do arrendamento para habitação, mas o Tribunal pode definir as condições do contrato, ouvindo os cônjuges, e fazer caducar o arrendamento, a requerimento do senhorio, quando circunstâncias supervenientes o justifiquem”* como prescreve o n.º 2 da referida disposição legal.

Não obstante, no seu n.º 3, o regime fixado pode ser alterado nos termos gerais da jurisdição voluntária, independentemente de ter sido homologado pelo Tribunal<sup>120</sup> ou por acordo entre os cônjuges<sup>121</sup>.

---

<sup>117</sup> In RAMIÃO, Tomé d'Almeida, *ob. cit.*, pp. 132 e 133.

<sup>118</sup> No caso de divórcio por mútuo consentimento, o destino da casa de morada de família não deve ser entendido apenas como um dos efeitos, mas sim como um pressuposto do próprio divórcio. Neste seguimento, também o Ac. do STJ de 27 de abril de 2004 determina que *“no divórcio por mútuo consentimento, a questão do destino da casa de morada de família não se apresenta nem pode ser apresentada como um dos efeitos do divórcio mas, antes e diferentemente, enquanto elemento do complexo de vontades e acordos que nele se interligam e interdependem”*.

<sup>119</sup> No tocante à casa de morada de família arrendada, *vide* art. 1105º do CC.

<sup>120</sup> *Vide* art. 1413º do CPC – regime especial.

Assim, o processo de jurisdição voluntária segue os seus trâmites nos termos dos arts. 1409º a 1411º do CPC<sup>122</sup>.

## 8.4 – Reparação dos Danos

De acordo com o novo diploma, Lei n.º 61/2008, o legislador eliminou a apreciação da culpa no domínio da ação do divórcio e, como tal, eliminou também a especial responsabilidade por danos não patrimoniais<sup>123</sup> com a dissolução do matrimónio. Contudo, o legislador continua acautelar o cônjuge que padeça de alteração de faculdades mentais estabelecendo para tal, a reparação dos danos não patrimoniais na ação de divórcio, por parte do outro cônjuge, pois entende que este venha a sofrer com a dissolução do casamento.

Na reparação de danos há fazer uma distinção entre duas situações: reparação de danos não patrimoniais resultante do divórcio com fundamento na alteração das faculdades mentais de um cônjuge que dure há mais de um ano e, que pela sua

---

<sup>121</sup> Outrora, era de comum entendimento da jurisprudência, que o acordo convencionado entre ambos os cônjuges relativamente à da casa de morada de família, depois do decretamento da sentença ou decisão do conservador, tal acordo não poderia ser alterado.

<sup>122</sup> De forma sucinta, esta tramitação assenta nos seguintes aspetos: não obrigatoriedade de patrocínio judiciário; o rol de testemunhas (que não pode ser oferecidas mais de três por cada facto nem mais de oito no total) como outros meios de prova devem ser logo fornecidos, tanto no respetivo requerimento, como na oposição (que é deduzida em dez dias); compete ao Tribunal investigar livremente os factos, ordenar os inquéritos, recolher as informações e coligir provas, desde que essas provas sejam consideradas necessárias pelo Juiz; as sentenças são proferidas no prazo de quinze dias; as resoluções podem vir a ser alteradas com fundamento em circunstâncias ocorridas posteriormente à decisão como as anteriores, que não tenham sido alegadas por ignorância ou outro motivo ponderoso, sem prejuízo dos efeitos já produzidos; e, é inadmissível recurso para o STJ, as resoluções pronunciadas segundo critérios de conveniência ou oportunidade.

<sup>123</sup> No anterior regime, a reparação dos danos não patrimoniais (que consistia numa especial responsabilidade civil subjetiva) impedia sobre o cônjuge que tivesse sido declarado o único culpado ou principal culpado pelo divórcio, bem como o que intentasse a ação de divórcio com fundamento na alteração das faculdades mentais (responsabilidade civil objetiva), quando durasse há mais de três anos (prazo esse, que hoje está encurtado para um ano), e que pela sua gravidade, compromettesse a possibilidade de vida em comum.

gravidade, comprometa a possibilidade de comunhão de vida; e a reparação dos demais danos.

A primeira situação vem assegurada nos termos do art. 1792º, n.º 2 do CC e o respetivo pedido deve ser deduzido na própria ação de divórcio. A notória alteração, neste âmbito, foi mesmo o facto de este pedido ter de ser formulado na ação de divórcio e não podendo, portanto, ser formulado em ação comum. Concordamos com a “*mens legislatoris*”, uma vez que faz pleno uso ao princípio da economia processual<sup>124</sup> e também porque, uma vez eliminada a culpa na ação de divórcio, não faria qualquer sentido existir uma ação em separado quanto à atribuição da indemnização<sup>125</sup>.

A segunda situação vem estabelecida no n.º 1 do referido preceito legal que determina que “*o cônjuge lesado tem o direito de pedir a reparação dos danos causados pelo outro cônjuge, nos termos gerais da responsabilidade civil*<sup>126</sup> e nos *Tribunais comuns*”.

Face à análise do artigo supra citado podemos extrair que a ressarcibilidade dos danos a que o cônjuge lesado tem direito é processada nos Tribunais comuns, resultantes da violação culposa de um ou vários deveres conjugais<sup>127</sup>, nos termos da responsabilidade civil.

Nesta situação tem de se atender aos danos não patrimoniais e aos danos patrimoniais resultantes da violação dos deveres conjugais<sup>128</sup>, cuja violação é que permite ao cônjuge lesado lançar mão de uma indemnização que se apura mediante os princípios gerais da responsabilidade civil, por factos ilícitos constante no art. 483º e ss. do CC e nos Tribunais comuns.

*“A aplicação das regras da responsabilidade civil à violação dos deveres conjugais no âmbito do divórcio não suscita hoje dúvidas na jurisprudência, que*

---

<sup>124</sup> Este princípio tem por base a obtenção de um resultado com o menor esforço e procura obter uma justiça mais célere, não dispendiosa e justa.

<sup>125</sup> A fixação do montante da indemnização é aferida de acordo com critérios de equidade nos termos do art. 496º, n.º 3 e 494º do CC, assim como as regras de boa prudência e bom senso (vide Ac. do STJ, de 14 de novembro de 2006).

<sup>126</sup> Vide art. 483º e ss do CC.

<sup>127</sup> Apesar da eliminação da violação culposa dos deveres conjugais para o decretamento do divórcio, nos casos em que se recorre à responsabilidade civil, a verificação da culpa é imprescindível e exigível, como reforça o n.º 2 do art. 483º do CC.

<sup>128</sup> Para melhor entendimento sobre os deveres conjugais (art. 1672º do CC) ver ponto 3 do presente trabalho.

*permite ao cônjuge pedir uma indemnização dos danos patrimoniais e não patrimoniais que tenha sofrido em consequência das violações dos deveres conjugais invocadas como causas da divórcio*<sup>129</sup>.

Assim, o dever de reparação resultante da responsabilidade civil por factos ilícitos<sup>130</sup> assenta em vários requisitos, são eles: o facto (voluntário do agente e não de um mero facto natural causador de danos); a ilicitude (desse facto); a imputabilidade do facto ao lesante; o dano (resultante da violação do direito subjetivo ou da lei); e o nexo de causalidade entre o facto e o dano<sup>131</sup>.

Dada a omissão da lei relativamente à indemnização pelos danos decorrentes da violação dos deveres conjugais, este direito pode ser exercido tanto na pendência do casamento ou até mesmo independentemente do divórcio, desde que se encontrem reunidos os pressupostos supra referidos. Contudo, cabe ao lesado fazer prova da demonstração desses pressupostos, de acordo com art. 342º, n. 1 do CC.

Não obstante, entendemos que poucos serão os casos em que um dos cônjuges intenta uma ação de indemnização, por variadíssimas razões, tais como, desgaste emocional, a ação ser dispendiosa, dificuldade em fazer prova, nomeadamente, no que diz respeito à violação dos deveres de fidelidade (ex: adultério) e coabitação (ex: um dos cônjuge deixar a casa de morada de família para ir viver com outra pessoa), cujo ónus da prova seria muito difícil de ser apurada, já para não falarmos que o direito a esta indemnização com base na violação de tais deveres, prescreve no prazo de três anos a contar da data em que o lesado teve conhecimento do direito que lhe compete, salvo se o facto ilícito constituir crime, para o qual a lei determina uma prescrição com um prazo superior (art. 498º do CC).

---

<sup>129</sup> In COELHO, Francisco Pereira, e OLIVEIRA, Guilherme de, ob. cit., p. 202.

<sup>130</sup> A responsabilidade civil por factos ilícitos, também designada por responsabilidade extracontratual, delitual ou aquiliana, “*deriva, «maxime», da violação de deveres ou vínculos jurídicos gerais, isto é, de deveres de conduta imposta a todas as pessoas e que correspondem aos direitos absolutos, ou até da prática de certos atos que, embora lícitos, produzem dano a outrem*” – v. COSTA, Mário Júlio de Almeida, ob. cit., p. 494.

<sup>131</sup> In COSTA, Mário Júlio de Almeida, ob. cit., p. 509.

## 8.5 – Perda de Benefícios

O termo “benefícios” consiste em retratar “*as liberalidades recebidas ou a receber do outro cônjuge ou de terceiro tendo em vista o casamento ou o seu estado de casado*”<sup>132</sup>. Consideram-se, portanto, benefícios, as doações feitas entre cônjuges, “*inter vivos*” ou “*post mortem*”, as doações realizadas por “*terceiros em vista do casamento, nomeadamente as efetuadas por familiares dos esposados, quer a estipulação seja anterior ou posterior ao casamento, as deixas testamentárias em forma de legado ou de instituição de herdeiro*”<sup>133</sup>.

Como determina o n.º 1 do art. 1791º do CC “*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*”<sup>134</sup>. Acrescentando, no seu n.º 2, que o “*autor da liberalidade pode determinar que o benefício reverta para os filhos do casamento*”.

Entendemos que a atual redação preconizada neste artigo, não é de todo viável, pois constituirá sempre uma maior litigância e frustração na sua expectativa jurídica em receber tais benefícios que se irá refletir entre os cônjuges ou entre estes e terceiros, a qual seria de evitar. Na medida em que, uma vez verificada a situação de divórcio, os cônjuges perdem o total direito a estes benefícios, passando haver um direito de reversão, de tais benefícios, para o doador (cônjuge ou terceiro)<sup>135</sup>.

---

<sup>132</sup> RAMIÃO, Tomé d`Almeida, ob. cit., p. 179.

<sup>133</sup> *Idem*, p. 179.

<sup>134</sup> Na anterior redação, também patenteada no art. 1791º, n.º 1 “*o cônjuge declarado único ou principal culpado perdia todos os benefícios recebidos ou que houvesse 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*”, por seu turno, o cônjuge inocente conservava todos os benefícios, supra referidos, ainda que tivessem sido estipulados por cláusula de reciprocidade (n.º 2). Ou seja, a vontade do legislador, nesta redação, era precisamente a de sancionar, por completo, o cônjuge considerado culpado e a de beneficiar o cônjuge inocente.

<sup>135</sup> A título exemplificativo, imagine-se uma situação em que é feita uma doação de um imóvel, por parte de um terceiro, e um dos cônjuges sempre viveu apenas dos rendimentos que auferia com tal imóvel e certo dia “resolve” divorciar-se. Apesar de não estar impedida legalmente de tentar reaver o imóvel, o facto é que na prática pode constituir um impedimento para tal decisão

Somos apologistas de que a solução mais aceitável seria a de cada um dos cônjuges manter os benefícios já recebidos em vista do casamento ou em consideração do estado de casado, excetuando os que foram recebidos pelo cônjuge, que nos parece concebível através da existência da regra da livre revogabilidade das doações entre os cônjuges, consignada no art. 1765º, n.º 1 do CC.<sup>136</sup>

## 8.6 – Apelidos

Decretado o divórcio, o cônjuge divorciado pode manter o apelido<sup>137</sup> do seu ex-cônjuge, desde que este último dê o seu consentimento (n.º 2) ou se o Tribunal assim o autorizar (n.º 3), e desde que o motivo invocado seja atendível como rediz o art. 1677º - B, n.º 1 do CC, ao passo que no caso de separação de pessoas e bens, os cônjuges mantêm os apelidos do outro que tenha adotado.

Este pedido de autorização por forma judicial, pode ser deduzido no próprio processo de divórcio ou em processo próprio<sup>138</sup>, quer na pendência do processo de divórcio<sup>139</sup>, quer após o seu decretamento<sup>140</sup>. Todavia, o Juiz só pode autorizar o uso do apelido do outro ex-cônjuge, se os motivos forem deveras relevantes e que se justifiquem por razões de ordem económica ou social.

---

<sup>136</sup> Contudo, concordamos com a perda de tais benefícios que os cônjuges houvessem a receber em vista do casamento ou em consideração do estado de casado, uma vez que já se justifica, pela verificação de uma alteração superveniente dos pressupostos da atribuição de tais benefícios, se consubstanciar no próprio divórcio.

<sup>137</sup> Nos termos do art. 1677º do CC “*cada um dos cônjuges conserva os seus apelidos, mas pode acrescentar-lhes apelidos do outro até ao máximo de dois*” porém, “*esta segunda parte não pode ser exercida por aquele que conserve apelidos do cônjuge de anterior casamento*”.

<sup>138</sup> Este processo vinha regulado no art. 1414º do CPC, mas foi revogado com o DL n.º 272/2001, de 13 de outubro, mais precisamente com seu art. 21º al. b).

<sup>139</sup> Antes do decretamento do divórcio, o pedido constitui um incidente, competindo ao Juiz a averiguação de tal situação nos termos do art. 5º, n.º 2 do DL n.º 272/2001, de 13 de outubro.

<sup>140</sup> Depois de decretado o divórcio, o pedido é formulado obrigatoriamente na Conservatória do Registo Civil (art. 5º, n.º 1 al. d) do DL n.º 272/2001, de 13 de outubro.

## **8.7 – Responsabilidades Parentais**

Remeto a análise desta questão para a Parte III do presente trabalho.

## Parte III – Responsabilidades Parentais

### 9 – Noção de Responsabilidades Parentais

O conceito “poder paternal<sup>141</sup>”, que vigorava no regime imediatamente anterior, foi substituído pelo conceito “responsabilidades parentais” com a entrada em vigor da Lei n.º 61/2008<sup>142</sup>.

O termo “responsabilidade parental” pode ser definido como um “*complexo de poderes-deveres atribuídos e impostos pela lei a ambos os progenitores, durante o período da menoridade do seu filho, para que cuidem de todos os aspetos relacionados com a pessoa e os bens do filho no interesse deste último (art. 1878º, n.º 1, CCiv.* <sup>143</sup>”. Porém o filho menor de idade possui o dever de obediência para com os seus pais (1ª parte do n.º 2 do art. 1878º do CC).

Os fundamentos que circunscrevem as responsabilidades parentais assentam no “*estado natural de carência de proteção em que o filho se encontra na fase primeira da sua vida e a vocação natural dos seus progenitores para acompanharem da melhor forma o crescimento do filho durante essa mesma fase*”<sup>144</sup>. Ou seja, a criança, enquanto menor, fica ao abrigo e proteção dos pais, que se traduz estado de “dependência existencial”, e que dada a sua menoridade a impossibilita de ela própria prover às suas próprias necessidades, assim como, são os pais que lhe proporcionam cuidados materiais e afetivos de que ela careça.

---

<sup>141</sup> O poder paternal era definido como um “*conjunto de faculdades de conteúdo altruísta que tinha de ser exercido de forma vinculada, de harmonia com a função do direito, consubstanciadas no objeto primacial de proteção e promoção dos interesses do filho, com vista ao seu desenvolvimento integral*” (V. LEANDRO, Armando, ob. cit.)

<sup>142</sup> As razões pelas quais o legislador procedeu à alteração do termo basearam-se nos seguintes padrões, e que se encontram consignadas na exposição dos motivos do Projeto Lei n.º 509/X. assim: em primeiro lugar, foi devido ao facto de o termo “poder paternal” conduzir a um sentido de posse, quando a criança já é um sujeito de direito e também porque já não se coaduna com a atualidade, no sentido de que este termo conduzia a entendimentos e conotações antigas e desajustadas; em segundo lugar, “*é vital que seja do ponto de vista das crianças e dos seus interesses, e portanto a partir das responsabilidades dos adultos, que se definem as consequências do divórcio*”; por último, este termo (responsabilidades parentais) já é o adotado na maioria das legislações dos países europeus.

<sup>143</sup> In MARTINS, Rosa, ob. cit., p. 36.

<sup>144</sup> Idem, pp. 36 e 37.

As finalidades deste conceito manifestam-se na proteção e promoção da autonomia privada do filho. Assim, respeitante à primeira finalidade e atendendo à 1ª parte do n.º 1 do art. 1878º do CC, cabe aos pais cabe “*velar pela segurança e saúde do filho, prover o seu sustento, dirigir a sua educação*” (proteção da integridade física e moral do filho).

A segunda finalidade traduz-se no facto de que compete aos pais o desenvolvimento aos seus filhos a nível de competências físicas, intelectuais, morais e sociais, como rediz o art. 1885º, n.º 1 do CC e art. 29º, n.º 1 da Convenção dos Direitos da Criança.<sup>145</sup>

As responsabilidades parentais vêm regulamentadas nos termos dos arts. 1877º e ss. do CC.

As responsabilidades parentais assentam num poder indisponível, pois “*os pais não podem renunciar às responsabilidades parentais*” tal como prescreve o art. 1882º do CC, ou seja, estes poderes/deveres são intransmissíveis e irrenunciáveis e têm “*obrigatoriamente de serem exercidos pelos pais no interesse do filho, pois se omitirem culposamente o seu cumprimento podem vir a ser inibidos do seu exercício, nos termos do art. 1915º*”<sup>146</sup>.

Neste sentido, também a nossa Constituição dita que “*os pais têm o direito e o dever de educação e manutenção dos filhos*” não podendo os filhos “*ser separados dos pais, salvo quando estes não cumpram os seus deveres fundamentais para com eles e sempre mediante decisão judicial*” (art. 36º, n.º 5 e 6 da CRP).

## **10 – Responsabilidades Parentais na Constância do Matrimónio**

Tal como expressa o n.º 1 do art. 1901º do CC o exercício das responsabilidades parentais é da competência de ambos os progenitores na constância do matrimónio. O exercício destas responsabilidades é estabelecido por comum acordo dos pais e, caso exista frustração na conciliação de tal exercício, recorre-se à audição do menor,

---

<sup>145</sup> É de notar, que a primeira finalidade assume grande domínio nos primeiros tempos da vida da criança e que se vai perdendo com o seu crescimento, pois as suas capacidades intelectuais vão progredindo, ao passo que a segunda vai se intensificando com o crescimento do filho.

<sup>146</sup> Vide RAMIÃO, Tomé d'Almeida, ob. cit., pp. 141 e 142.

independentemente da idade<sup>147</sup>, exceto, se no caso concreto existam razões poderosas que o desaconselhem. Esta solução está em consonância com a ideia do menor como titular de direitos e como pessoa que se vai desenvolvendo e autonomizando<sup>148</sup>. Neste sentido, também a Convenção Sobre os Direitos da Criança no seu art. 12º impõe aos Estados Partes o dever de garantir à criança, com capacidade de discernimento, o direito de exprimir livremente a sua opinião sobre as questões que lhe respeitem e também de ser ouvida nos processos que lhe respeitem. Logicamente, a audição do menor assim como a tentativa de conciliação do acordo entre os progenitores<sup>149</sup>, competirá a quem de direito, ou seja, ao Juiz<sup>150</sup>.

## 11 – Responsabilidades Parentais Após o Divórcio

No que concerne aos específicos efeitos da dissolução do casamento, a atual redação determina que o exercício das responsabilidades parentais deixou de ficar sujeito à vontade das partes. Com efeito, a este respeito, deve-se proceder à distinção entre, por um lado, as “questões de particular importância”, e por outro, os “atos da vida corrente do menor”. Assim, e de acordo com o art. 1906º do CC, as responsabilidades inerentes às questões de particular importância, confere, em princípio, o seu exercício a ambos os progenitores (n.º 1), ao passo que, as responsabilidades respeitantes aos atos da vida corrente confere o seu exercício ao progenitor com quem o menor resida habitualmente, ou ao progenitor com quem ele se encontre temporariamente, não

---

<sup>147</sup> No regime imediatamente anterior, no seu art. 1901, n.º 2, estabelecia-se que a audição do menor só se poderia verificar, se este já possuísse uma idade superior a catorze anos.

<sup>148</sup> V. XAVIER, Rita Lobo, *Recentes Alterações...*, cit., p. 64.

<sup>149</sup> Como se pode constatar, nesta matéria já não é utilizada a expressão “cônjuges”, mas sim “pais” ou “progenitores”, o que nos parece o mais correto, uma vez que o que está aqui em causa é uma relação pais-filhos e não uma relação entre os cônjuges. A este respeito, de substituições de termos, concordamos também com a alteração que houve ao art. 1904º do CC, cuja epígrafe foi hoje é “morte de um dos cônjuges” e que outrora era “viuvez”.

<sup>150</sup> Contudo, não há unanimidade no que concerne à questão da audição do menor, pois há quem entenda que pode ser feita noutra sítio qualquer e por outros profissionais especializados noutras áreas, como por exemplo, pelos psicólogos ou a segurança social – para melhor desenvolvimento *vide* pp. 37 e ss. do livro Melo, Helena Gomes de, *et alii*, ob. cit.

devendo este contrariar as orientações educativas mais relevantes, tal como elas são definidas pelo progenitor com quem o filho reside habitualmente (n.º 3).

No que toca à determinação da residência dos filhos menores e dos respetivos direitos de visita, atende-se à “*promoção da partilha de responsabilidades dos pais e à manutenção da relação do menor com o progenitor com quem este não fique a residir, assim como a promoção das garantias dadas a este no que diz respeito ao acompanhamento e fiscalização da educação do menor e das suas condições de vida*”<sup>151</sup>, como consigna o art. 1906º, n.º 5 a 7 do CC.

Finalmente, no que diz respeito aos alimentos devidos ao filho e à forma de os prestar em caso de divórcio, separação judicial de pessoas e bens, declaração de nulidade ou anulação do casamento, estes serão regulados por acordo dos pais, sujeito a homologação, podendo porém, esta homologação ser recusada caso o acordo não corresponda ao interesse do filho, tal como determina o art. 1905º do CC.

Dada a extrema importância e relevância prática destas questões, iremos nos debruçar com maior profundidade sobre elas nos seguintes pontos.

## **11.1 – Questões de Particular Importância para a Vida do Menor**

### **11.1.1 – Noção**

O regime das responsabilidades parentais sofreu enormes alterações com a Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro. Pretendeu-se com ela aproximar cada vez mais os progenitores que não detenham a tutela parental dos filhos e fazer com que aqueles tenham um maior conhecimento e participação na vida destes. Assim, a regra para questões que assumam particular importância é a prevista no n.º 1 do art. 1906.º do CC, ou seja, devem ser “*exercidas em comum e por ambos os progenitores, nos mesmos termos que vigoram na constância do matrimónio*”<sup>152</sup>.

A mudança é clara, uma vez que até aqui o que se verificava era que, na maioria dos casos, a guarda ficava a cargo da progenitora, sendo esta que tratava de todos os assuntos relativos aos filhos.

---

<sup>151</sup> Vide COLAÇO, Amadeu, ob. cit., p. 107.

<sup>152</sup> In MELO, Helena Gomes, *et al.*, ob. cit., p. 139.

Ainda assim, e porque o legislador anteviu complicações advindas de tão radical mudança a nível das responsabilidades parentais, optou por estabelecer um regime mitigado, reduzindo ao mínimo o exercício conjunto das mesmas.

Atualmente o exercício conjunto das responsabilidades envolve apenas e só questões de particular importância e, é-o do mesmo modo que o seria na constância do matrimónio. E a exceção que existia até aqui, de que a possibilidade de afastamento ocorre somente quando o exercício em conjunto se mostre contrário aos interesses da criança, passa a ser a regra como se verifica pelo n.º 2 do art. 1906º do CC.

Especial relevância assume a questão de saber concretamente o que são atos de particular importância, uma vez que todo o regime partirá dessa premissa. Como não foi dada qualquer definição ou mesmo exemplificação para esses atos, podemos, desde logo, contrapô-los aos “atos da vida corrente” previstos no n.º 3 do art. 1906 CC, sendo estes praticados pelo progenitor com o qual o menor reside, não obstante a sua prática pelo outro no decorrer da visita. Esta opção tomada pelo legislador foi feita, possivelmente, pela dificuldade em integrar num único conceito a vasta amálgama de situações possíveis na prática da vida corrente. Assim, perante o caso concreto há-de decidir-se relativamente a cada menor se determinada situação integra ou não o conceito de QPI’s.

Quer isto significar, que apesar de não existir taxativamente uma noção, existem determinados critérios pelos quais a jurisprudência e a doutrina, bem como a prática judiciária se podem guiar para tentar perfazer tal conceito, baseando-se nos atos do menor para atestar se o completam ou não.

Dado que toda a vida do menor enquanto tal é importante e, assim também o serão a maioria dos atos praticados nessa qualidade, poderíamos deparar-nos com um impasse ao sujeitar a maioria das decisões relativas ao menor à concordância entre ambos os progenitores e isso seria insustentável. Não parece ter sido essa a vontade do legislador ao elaborar a Lei n.º 61/2008, como aliás fica bem patente através da “Exposição de motivos do Projecto de Lei n.º 509/X” que esteve na origem da citada Lei, onde podemos encontrar expressões como “*o exercício conjunto, porém, refere-se apenas aos atos de particular importância; a responsabilidade pelos atos da vida quotidiana cabe exclusivamente ao progenitor com quem o filho se encontra*”; “*reduz-*

*se o âmbito do exercício conjunto ao mínimo – aos assuntos de particular importância*”<sup>153</sup>.

Este conceito dado pelo legislador é pois mutável consoante o caso concreto do menor a que se refira.

É por este motivo, que também nós entendemos, que num mesmo núcleo familiar composto por vários filhos, na altura de decidir o âmbito de tutela, este poderá ser diferente para cada um deles. Tal como as questões de particular importância serão diferentes, dependendo sempre de cada um em particular e dos cuidados e especificidades a ter caso a caso.

Pelo que foi exposto, até aqui fica claro que há determinadas áreas onde estão presentes atos que evidenciam QPI`s. Assim, é de extremo interesse elencar o âmbito de ação dessas questões, nomeadamente:

#### **i) Saúde**

Este é claramente um dos mais importantes temas no que diz respeito às responsabilidades parentais, uma vez que acima de tudo se tem em vista salvaguardar o direito à vida enquanto direito fundamental. Desde logo por poder entrar em contenda com a liberdade religiosa e o poder de os pais escolherem a religião dos filhos.

Nomeadamente, um dos casos paradigmáticos é o de filhos de jeovás que necessitam de uma transfusão de sangue e os pais, por a religião não consentir, se recusarem a que essa intervenção seja realizada em menor de 16 anos. Questiona-se desde logo se o menor poderá, ele próprio, dar o seu consentimento para tal intervenção, ou seja se haverá uma *maioridade especial* para estes casos. O direito civil não contempla esta hipótese, todavia, de acordo com Guilherme de Oliveira, “o direito penal – no n.º 3 do art. 38º Código Penal (na versão do DL n.º 48/95) – estabelecia uma maioridade especial a maiores de 14 anos com discernimento suficiente, reconhecendo-lhes autonomia, devendo o direito civil relevar esta norma do direito penal”<sup>154</sup>. “*Esta norma foi alterada pela Lei n.º 59/2007 sustentando a mesma direção quanto ao*

---

<sup>153</sup> Vide MELO, Helena Gomes, *et al.*, ob. cit., p. 141.

<sup>154</sup> Vide RODRIGUES, Hugo Manuel Leite, ob. cit., p. 130.

*conteúdo, sendo apenas alterada a idade a partir da qual o jovem pode prestar o seu consentimento de 14 para 16 anos de idade*<sup>155</sup>.

Além deste exemplo verificamos que esta é uma área de extrema importância e por ser tão abrangente podemos subdividi-lo em diversos campos de ação como por exemplo: intervenções cirúrgicas, consultas médicas e outras situações. Assim:

### **Intervenções Cirúrgicas**

No que diz respeito a esta prática, é de referir (e também nosso entendimento) que as intervenções de cariz cirúrgico são variadas e variáveis e, como tal, não podemos considerá-las a todas como atos de particular importância. É necessário saber *ab initio* quais os riscos inerentes a uma intervenção deste género, qual a sua gravidade e urgência e mesmo os riscos que admite para o menor.

É importante distinguir desde logo as intervenções feitas por motivos prementes de saúde daqueles que não o são. Será diferente uma intervenção cirúrgica para remover carcinoma, de uma operação meramente estética para realizar um implante dentário, por exemplo.

Tendencialmente somos de considerar que sempre que se trate de um ato cuja necessidade está associada à gravidade e principalmente quando envolva qualquer risco para a vida do menor, estamos perante um ato de particular importância em que se exige a participação de ambos os progenitores no sentido de decidir pela melhor solução para o seu filho.

Ao invés, sempre que se ache uma intervenção como necessária, mas que a gravidade seja insignificante, cremos não estar perante um ato de particular importância e por isso não ser necessária a coadjuvação de ambos os pais para tal decisão.

### **Consultas Médicas**

As consultas médicas de rotina do médico assistente são considerados atos da vida corrente e por essa razão a escolha caberá ao progenitor responsável pela guarda do menor.

---

<sup>155</sup> *Idem*, p. 130.

Contudo, se as despesas médicas forem comportadas por ambos os progenitores, haverá a necessidade de se estabelecer no regime das responsabilidades parentais que essa decisão seja feita por acordo, de modo a que se garanta a possibilidade económica dos mesmos para financiar essas despesas, nomeadamente na possibilidade de as consultas serem efetuadas no serviço público ou ao invés no privado.

Assim, nos casos em que ambos os pais contribuam para tais despesas, “*quer nos regimes estabelecidos por acordo, quer nos fixados por sentença deve expressamente prever-se que a opção pelos serviços públicos ou particulares de saúde tem de ter o aval de ambos*”<sup>156</sup>. Isto é assim, para salvaguardar situações em que um dos cônjuges que tenha mais dificuldades monetárias seja obrigado a arcar com despesas que não teria capacidade para suportar.

Obviamente que, se estivermos a tratar de casos em que os pais tenham uma ótima situação financeira esta questão não terá qualquer importância.

## **Outras**

Muitas serão as situações que poderemos contemplar sobre este assunto, mas a verdade é que não existe uma fórmula ou mesmo uma noção taxativa que nos dê uma solução igual para todos os casos. É nossa convicção, ser imprescindível analisar todos os casos individualmente porque cada criança, jovem ou menor é único, como o serão todas as pessoas à sua volta e em particular os seus progenitores. Em todo o caso há situações que pelo seu contexto, gravidade ou necessidade é categórico afirmar que são de particular importância, como é o caso de decisões sobre interrupção voluntária da gravidez, tratamentos dolorosos ou que impliquem risco para o menor entre uma imensidão de outros possíveis.

### **ii) Educação**

Na educação e relativamente a todas as suas inerências, as opiniões dividem-se bastante. Desde logo, a escolha do estabelecimento de ensino público ou privado e a consequente matrícula no mesmo suscita algumas dúvidas. Se por um lado, a escolha de

---

<sup>156</sup> Vide MELO, Helena Gomes, *et al.*, ob. cit., p. 144.

uma escola parece ser um ato da vida corrente, porque devido e essencial da vida quotidiana de qualquer criança, por outro, o facto de se escolher um estabelecimento de ensino particular ou até mesmo um colégio interno parecem assumir alguma relevância que poderá ter de ser alvo de discussão e concordância de ambos os progenitores. Por outro lado, o ato da matrícula numa escola ou colégio podem sofrer das mesmas controvérsias, ou seja, se podemos ter a ala dos que acreditam tratar-se de ato da vida corrente dada a normalidade com que acontece e é necessária, também há quem entenda que se pode tratar de uma questão de particular relevância. Estas questões tendem a repetir-se ao longo da vida do menor e por isso assume também particular relevância a questão da entrada do jovem para a universidade ou por outro lado a opção pelo ensino profissional. Relativamente à escolha em concreto do estabelecimento que frequentará, só se apresentará particularmente relevante se ambos os progenitores financiarem de igual modo as despesas com o filho uma vez que, à semelhança do que acontece com a saúde, pode ser demasiado oneroso para uma das partes a educação num determinado estabelecimento.

É nossa opinião que todo e qualquer ato que diga respeito à educação do menor deve ser encarado como questão de particular importância uma vez que toda a instrução adquirida ao longo dos anos é de extrema relevância para a construção da personalidade cultura e percepção do menor enquanto pessoa inserida numa sociedade. Evidentemente que se falarmos de atos como os de assinar uma ficha escrita de avaliação ou de uma autorização para prática de desporto escolar, no caso de o menor não padecer de nenhuma doença que possa, de alguma forma, ser impeditiva do seu desempenho, esses já não serão considerados de particular importância por serem atos da vida corrente.

Posto isto, convém fazer menção, na questão da educação, o trabalho, a religião e o ensino, que se irão explicar de seguida.

## **Trabalho**

Questão relacionada com a educação, é também a da prática de uma atividade laboral por parte do menor. É nossa opinião que esta é também uma QPI, desde logo porque legalmente consagrada<sup>157</sup>. Esta deve ser uma área em que os progenitores devem

---

<sup>157</sup> Cfr art. 127º, n.º 1, al. c) do CC onde é explícito que qualquer exercício de arte ou ofício por parte do menor carece de autorização dos progenitores e art. 70º do CT que determina que no contato de

ter participação ativa, uma vez que a decisão de deixar um menor trabalhar pode contender, de imediato, com as obrigações escolares que o menor tenha, prejudicando o normal desempenho das mesmas.

Questão que tem vindo a ganhar relevo é o crescente número de novas profissões relacionadas com o mundo do espetáculo e que até aqui ainda não estavam tão em voga, tais como entrada em anúncios, publicidade, passagens de modelos, produção de filmes, novelas, séries, etc. É pois, necessário tratar a participação dos menores nestas atividades com especial precaução, particularmente tratando-se de crianças de tenra idade. O interesse da criança deve em todos os casos sobrepor-se acima de todo e qualquer trabalho mas, e porque este é um género que encerra em si particularidades que, muitas vezes, o fazem parecer como um “mero passatempo”, deve ter-se muito cuidado para evitar abusos. Foi neste sentido que a Lei n.º 105/2009, de 14 de Setembro veio regular a participação de menor em atividade de natureza cultural, artística ou publicitária no mesmo sentido do art. 81º do CT. Neste sentido, “*no art. 2º deste diploma é autorizada participação de menor como cantor, dançarino, figurante, músico, modelo ou manequim, sendo que, nos termos do n.º 5, tal participação está sujeita a autorização da Comissão de Proteção de Crianças e Jovens (CPCJ) da área do domicílio*”<sup>158</sup>.

Contudo, os “representantes legais” podem, caso seja rejeitado a concessão de autorização, pedir ao Tribunal de Família e Menores essa mesma autorização sendo de aplicar, nesse caso, o regime de processo judicial de promoção e proteção.

Pelo exposto, verificamos que esta é claramente uma questão de particular importância e, como tal, é de extrema importância que todas as decisões relativas a esta matéria sejam tomadas, em conjunto, por ambos os pais.

## **Religião**

Em princípio quanto a esta matéria não haverá grandes dificuldades se ambos os progenitores professarem a mesma religião, pois não existirão divergências entre eles. Caberá ao progenitor que detém a tutela do menor a decisão de dar a sua autorização

---

trabalho relativamente a menor com idade inferior a 16 anos tem de haver autorização escrita dos seus “representantes legais”.

<sup>158</sup> Vide MELO, Helena Gomes, *et al.*, ob. cit., p. 145.

para que este receba os ensinamentos religiosos bem como a sua participação ou não em cultos e cerimoniais inerentes à religião praticada.

O mesmo acontecerá se só um dos ascendentes seguir uma religião, sendo que apenas é colocada a hipótese de o menor vir também ele a aderir a essa mesma fé. Cabe ao pai que detiver a tutela do filho a decisão deste a vir a professar ou não.

É nossa opinião que só se tratará de uma QPI o caso de ambos os progenitores professarem religiões diferentes uma vez que aqui há uma divergência entre ambos. Este é um caso de merecida atenção e de suma importância, sendo necessária a concordância de ambos os pais do menor sobre qual a religião que pretendem que o filho de ambos vá professar durante a sua vida. Para tal é necessário interagirem e conversarem para que cheguem a acordo relativamente a isso.

### **iii) Localização do Centro da Vida do Menor**

O art. 1906º, n.º 5 do CC, após as alterações à já aludida Lei n.º 61/2008, dispõe que o menor ficará a residir com o ascendente que o Tribunal determine para ficar com a guarda do mesmo.

Assim, em todas as deslocações que o menor tenha de fazer, que não envolvam uma mudança para local deveras distante, são considerados atos da vida corrente do menor e, como tal, a capacidade para decidir sobre eles cabe em exclusivo ao pai responsável pela tutela parental. Por essa razão deve, desde logo, ser fixada no regime de responsabilidades parentais a pessoa com quem irá viver o menor, e não o local onde vai residir, pois com isto, evita-se que cada vez que haja mudança de morada após essa altura, haja a necessidade de alterar o regime em vigor.

Situação diferente serão todas as deslocações que compreendam uma mudança drástica a nível geográfico<sup>159</sup>, uma vez que nesse caso se promove uma alteração radical da vida quotidiana do menor. Neste caso terão de ser contempladas todas as modificações aliadas ao novo local de residência, tais como a mudança de escola, de

---

<sup>159</sup> Exemplo disto é o caso de mudança do menor do Algarve para o Porto ou de Bragança para o Algarve ou até mesmo de Portugal para um país estrangeiro. Dada a diferença espacial ser enorme existirão muitas e variadas mudanças na vida do jovem que terão de ser tidas em conta e como tal esta terá de ser uma decisão tomada em conjunto pelos ascendentes do menor.

amigos, de médico de família, etc.. Por este motivo, nos encontramos perante uma QPI, pois trata-se aqui de uma decisão que, para além de alterar toda a rotina do menor, a longo prazo pode e deve modificar por completo a vida e as experiências do mesmo. A par disto, é relevante esclarecer que mudando-se o descendente para local muito distante do inicial passarão a existir alterações a nível de visitas por parte do pai que não reside habitualmente com o filho, tendo sempre em atenção o interesse deste. É pois por estas razões que deve ser uma questão profundamente ponderada entre os pais do menor.

#### **iv) Administração de Bens**

Dispõe o art. 1889º do CC de atos de grande relevância que carecem de autorização de ambos os progenitores e para a sua prática é necessária a autorização do tribunal. Serão também de particular importância todos os atos que impliquem modificações no acervo do menor.

Todos os atos que não se coadunem com o acima exposto serão à partida atos da vida quotidiana e como tal tem poderes para decidir sobre eles o ascendente que detiver a guarda do menor.

#### **v) Outras Situações**

##### **Aquisição de Nacionalidade**

Esta é uma situação em que claramente é necessário o assentimento de ambos os progenitores dado que se trata de uma situação que envolve todo o futuro do menor enquanto cidadão Português. Especialmente no nosso país, onde cada vez há um maior número de imigrantes, este é um assunto particularmente importante pois dele resulta a nacionalidade de determinada criança que poderá ou não ter já nascido no nosso país.

## Saídas para o Estrangeiro

No que toca a saídas para o estrangeiro em férias, estas são frequentemente motivo de desavença entre os pais. Por um lado, não parece correto que um dos progenitores se oponha à viagem de lazer porque o ascendente que o vai acompanhar tem capacidade monetária para tal ou até porque pode ter familiares a residir no país para o qual se vai deslocar<sup>160</sup>, por outro lado, e como temos vindo a assistir, muitas vezes estas ausências podem tornar-se num problema. Senão vejamos, não sendo necessário o consentimento de ambos os pais, qualquer um pode, por sua livre iniciativa, marcar uma saída a título de férias. Ora, como é de conhecimento geral, muitos são os pais que têm uma relação marcada de animosidades e pode, tal como acontecem, aproveitar uma saída deste género para não retornar a Portugal como o acordado. Além disto, existe muitas vezes, por parte do SEF a exigência de autorização dos dois ascendentes do menor e o DL n.º 83/2000, de 11 de Maio na redação que lhe foi dada pelo DL n.º 108/2004, de 11 de Maio, dispõe que para a saída de menores para o estrangeiro é necessária a “*autorização escrita por parte de quem exerça o poder paternal*”. Salvo o devido respeito pela opinião dos autores do livro “*Poder Paternal e Responsabilidades Parentais*”, 2ª edição, somos da opinião de que este é de fato um assunto de particular importância, independentemente da razão da saída do país pelo menor. Assim, e tal como acontece com a mudança de localização do jovem devem reunir-se para debater essa mesma saída do menor do país de modo a que cheguem a consenso quanto à mesma e não apenas quando se trate de uma saída para país que possa apresentar conflitos de onde poderão advir perigos agravados para o filho como é também a opinião daqueles autores.

---

<sup>160</sup> É esta a posição consagrada pelos autores da obra “*Poder Paternal e Responsabilidades Parentais*, 2ª edição” com a qual discordamos uma vez que, conforme temos assistido há muitos pais desavindos que, aproveitando-se do fato de não ser necessário o consentimento do outro progenitor acabam por levar o filho para o estrangeiro não retornando na data acordada e proibindo assim o contato com o ascendente que fica no nosso país. Além disto, consideramos que, independentemente da intenção do progenitor que pretenda levar o filho para o estrangeiro, este é um assunto de particular importância, por se tratar de um lugar novo, longínquo e que pode sempre acarretar alguns riscos para o menor, como tal parece-nos justo e equitativo que todas as decisões que envolvam a saída do país, à semelhança do que acontece com a mudança de localização do menor – *vide* ponto 11.1.1 c) - este deve ser discutido por ambos os progenitores.

## **Celebração de Casamento**

O casamento é mais um caso paradigmático, em que entendemos ser necessário a anuência de ambos os progenitores do menor por se tratar de um ato de grande relevância e mesmo enorme mudança para o resto da vida do filho de ambos. De resto, é também isto que vem consagrado, quer no art. 1612º do CC, quer no art. 149º do CRC, onde se prevê ser necessária a concordância dos progenitores para estes atos.

## **Exercício do Direito de Queixa**

Dispõe o art. 113º, n.º 4 do CP que no caso de o ofendido ser menor o titular do direito de queixa será o seu representante legal. Como tal, no caso de a tutela parental ser exercida de forma conexa por ambos, é a estes que cabe a sua representação legal. Contudo, sempre se nos afigura importante saber se a apresentação de uma queixa revestirá carácter de ato de particular importância. Esta é uma questão que gera alguma controvérsia<sup>161</sup>, porém, somos da opinião que se trata aqui de uma QPI, uma vez que encerra em si inúmeras situações capazes de trazer grandes e profundas modificações na vida do jovem. Nomeadamente, o facto de o jovem ter de contar novamente a situação que motivou a queixa e dessa forma ter de reviver eventuais momentos traumáticos são argumentos bastantes para tratar esta questão com peculiar importância, por ser muito relevante na vida daquele. Por tudo, isto é nosso entendimento ser esta uma questão de particular importância. A par disto, e por nos parecer relevante, referimos que esta é também a opinião do Prof. Guilherme de Oliveira “*em anotação ao citado Ac. da RL, de 1999, in Temas do Direito da Família, vol. I, 2ª edição, pag. 359, Coimbra Editora, onde se pode ler “O exercício do direito de queixa é, seguramente, uma «questão de particular importância» e foi para estas questões que se previa o regime do art.º 1901.º do Código Civil, que permite o recurso ao tribunal quando os progenitores não estão de acordo; não parece que a especialidade da matéria justifique um regime diferente.*”

---

<sup>161</sup> Ac. da RL 1999.03.02, in revista de legislação e jurisprudência, ano 133º (2000) e Ac. RL, 2003.02.27, in CJ, XXVIII, II, p.123. para melhor entendimento ver p. 151 do livro MELO, Helena Gomes, *et al.*, ob. cit, nota de rodapé (179).

Para concluir basta-nos referir que esta regra será afastada sempre que o agente do crime cometido contra o menor seja um dos progenitores, para que deste modo seja salvaguardado o direito do jovem.

### **Obtenção de Documentos de Identificação**

É nossa opinião que são atos da vida quotidiana revestindo toda a normalidade possível a requisição de documentos como é o caso do Cartão do Cidadão. Aliás seria absurdo ter de obter autorização de ambos os pais para tal. O único ponto em que poderá haver alguma dúvida será no tocante ao passaporte uma vez que é um documento que permite que o menor se desloque para qualquer parte do mundo. Como vimos anteriormente, é nossa convicção que toda e qualquer viagem do descendente deve ser comunicada aos pais para estes, em conjunto, darem o seu aval. Ou seja, mesmo que concordássemos com a ideia de que a obtenção do passaporte é um ato que não reveste particular importância e que pudesse ser pedido com a aprovação de apenas um dos progenitores, cremos que teriam ainda de se reunir para decidir da concordância com a possível ausência do país. Mas, e porque uma vez tendo o passaporte em mão isso possibilitaria, de certa forma, uma possível “fuga” faltando o acordo parental de ambos os progenitores, somos da opinião que se trata de um caso de particular importância que deve ser tratado pelos dois pais do menor.

#### **11.1.2 – Formas de Acautelar Algumas Dificuldades e Impedir Litígios**

Uma vez que o conceito de “particular importância” é relativamente recente e de complexa definição, é de todo importante tentar, *ab initio*, prevenir alguns obstáculos que poderão ao longo do tempo, e dada a natureza das relações, acabar por acontecer e dessa forma evitar litígios futuros.

Para tal, parece-nos importante que o acordo de responsabilidades parentais que os progenitores venham a fazer defina da melhor forma, mesmo que hipoteticamente, todas as questões que se achem pertinentes ser de resolução conjunta de ambos. Por exemplo, os assuntos relacionados com as férias, a escola a frequentar, as atividades que pretendam que o filho venha a frequentar, etc., sendo matérias importantes em que

poderá haver divergências devem ficar, desde logo previstas evitando assim futuras contendas.

De modo inverso, podem os pais, nesse momento, verificar que existem determinadas questões de particular importância em que ambos estão de acordo e deixar logo determinado que estão de acordo quanto às mesmas.

Assim, quanto mais exaustivamente detalhado for o acordo entre os ascendentes, mais pacífica será a relação parental e melhor ambiente será conseguido para o bom desenvolvimento do jovem e assim se terá esse mesmo acordo em conta para eventuais situações que aí não sejam contempladas e que venham a acontecer.

No caso de não haver acordo entre os pais e o regime for fixado por sentença terá de vir aí definido quais as questões que, ainda assim, devam ser tomadas conjuntamente por ambos.

### **11.1.3 – Exceção à Regra do Exercício Conjunto das Responsabilidades Parentais – Urgência Manifesta**

No regular exercício das suas responsabilidades parentais, os progenitores podem deparar-se com situações de particular importância que, pela sua urgência não possam, em tempo útil, ser comunicadas à outra parte para que aquela exerça o seu direito enquanto pai relativamente àquele caso em concreto. Assim, para estes casos, estabelece o art. 1906º, n.º 1, 2ª parte do CC que deve ser criada uma exceção à regra do exercício conjunto das responsabilidades parentais. Quer isto significar que, um pai, diante de uma situação adversa, com a qual não contava e na qual lhe é pedida uma decisão, pode fazê-lo sem o consentimento do outro, tratando-se de assunto de manifesta urgência e que por essa razão não tenha oportunidade nem tempo para o comunicar à outra parte.<sup>162</sup>

---

<sup>162</sup> Dentro deste âmbito podemos vislumbrar um sem-número de situações possíveis, por exemplo o caso de uma criança que vai passar o fim-de-semana com o progenitor com o qual não reside e durante o mesmo tem uma crise de apendicite aguda para a qual é necessária uma intervenção cirúrgica de imediato. Obviamente que este pai pode tomar esta decisão sem o consentimento do outro por se tratar de um caso urgente.

É de referir que esta situação está prevista e é aceite quer se trate do pai que detém a tutela parental quer se trate do que a não detém, apenas relevando que se refira a uma situação de particular importância em que seja necessária uma decisão com carácter de urgência. Ou seja, a regra do exercício conjunto das responsabilidades parentais cede perante situações de urgência manifesta em que o progenitor que está num determinado momento com o menor tem de tomar determinada decisão, atuar de determinada forma iminente de maneira a evitar que determinada situação prejudicial para o menor se concretize. Neste sentido, é pois, importante salientar que estas situações só serão permitidas na medida em que não for possível prever que determinada situação aconteça e que esta seja cedência se verifique exclusivamente para evitar algo nefasto para o filho.

#### **11.1.4 - Forma de Decisão Conjunta**

Questão de grande relevância é a de saber qual a forma que deve revestir o acordo quanto às questões de particular relevância no âmbito da tutela parental. É nossa opinião que não deve nem pode ser exigida forma escrita para todas as decisões uma vez que certamente traria muitos inconvenientes. Por isso, é nossa convicção que o mero acordo verbal será bastante, na maioria dos casos, para se conseguir a resolução do pacto entre as partes, salvo nos casos em que forma especial é exigida. Contudo, sempre que possível e que o interesse das questões assim o imponha, será a forma escrita a melhor maneira de acautelar a vontade e as expectativas de ambas as partes.

#### **11.1.5 – Resolução de Conflitos**

##### **i) Mediação Familiar<sup>163</sup>**

Quando as partes não conseguem chegar a consenso, uma das formas para resolver os conflitos existentes é através do sistema de mediação familiar, bastando para

---

<sup>163</sup> Sobre esta nova figura, e para melhor entendimento ver ponto 5 da presente exposição.

isso que ambos consintam nessa forma de resolução da contenda<sup>164</sup>. A mediação pode ocorrer antes do início do processo judicial ou no decurso do mesmo, como é visível pelo art. 6º do Despacho n.º 18778/2007, de 22 de Agosto de 2007.

Desta forma, fica no âmbito da responsabilidade dos progenitores a escolha desta forma de resolução de conflitos uma vez que nada a ela obriga..

## ii) Processo Judicial

Não existindo acordo passa-se então à via judicial de resolução de conflitos que pode ser promovida por qualquer uma das partes. *”Trata-se de um incidente, cujo regime processual se encontra definido no art.184º, da OTM, que por seu turno, remete para as disposições legais reguladoras do exercício das responsabilidades parentais e constantes dos arts. 175º, 177º e 178º da OTM.”*<sup>165</sup>

O processo tem início com o requerimento de um dos progenitores, seguindo-se a convocação de ambos para uma conferência. A esta conferência presidem os progenitores, o menor caso tenha idade e maturidade aconselhada para tal e avós e outros parentes que demonstrem relevância para a resolução do litígio.

Caso haja acordo entre os progenitores esta conferência termina de imediato com uma sentença homologatória. Não havendo acordo os progenitores dispõem de um prazo de 10 dias para alegarem tendo para tal que apresentar de imediato os seus elementos de prova, bem como requerer a realização de diligências que achem necessárias.

A decisão será proferida após terem sido ouvidas as testemunhas e terem sido feitos inquéritos às condições socioeconómicas dos pais e exames que se mostrem importantes.

É de salientar, que por força do disposto no n.º 3 do art. 1901º do CC o menor, ao contrário do que se passava até aqui, será sempre ouvido, só não o sendo em questões em que seja manifestamente desaconselhado<sup>166</sup>.

---

<sup>164</sup> Um dos entraves à utilização da mediação, é justamente a falta de acordo de ambos os progenitores em utilizá-la, algo que, muitas vezes, tem a sua origem em relações conflituosas entre ambos.

<sup>165</sup> In MELO, Helena Gomes, *et al.*, ob. cit., p. 157.

<sup>166</sup> São de desaconselhar, situações em que o menor não possui capacidades nem o discernimento necessário, bem como aquelas que lhe possam provocar sofrimento.

## 11.2 – Alimentos

Segundo o preceito constitucional ínsito nos termos do art. 36º, n.º 5 da CRP “os pais têm o direito e o dever de educação e manutenção dos filhos”, competindo, portanto, “aos pais, no interesse dos filhos, velar pela segurança e saúde destes, prover ao seu sustento, dirigir a sua educação, representá-los, ainda que nascituros, e administrar os seus bens”, como transpõe o n.º 1 do art. 1878º do CC. “Ao lado de exigências de cariz económico – prover ao seu sustento dos filhos e educação – encontram-se obrigações de carácter infungível de promoção e de formação moral”<sup>167</sup>. Deste modo, as responsabilidades parentais não cessam com a maioridade dos filhos, só se verifica tal extinção, quando os filhos, após o atingir da maioridade, já consigam eles de “*per si*”, suportar todos e quaisquer encargos inerentes à sua vida, através dos rendimentos que auferem com o seu trabalho<sup>168</sup>.

Dada a questão em análise, é da pura competência dos progenitores a obrigação de prestar alimentos aos seus filhos. Ademais, mesmo em caso de inibição responsabilidades parentais, a obrigação de contribuir pecuniariamente para as despesas com os seus filhos, mantém-se relativamente ao progenitor inibido (art. 1917º do CC).

A verdade, é que o âmbito das responsabilidades parentais após o divórcio constitui um processo deveras complicado e melindroso, mais precisamente, no que toca a esta questão de obrigação de prestar alimentos por parte dos progenitores, dado o facto, que para tal efeito ser necessário e imprescindível a determinação e, conseqüente prestação de uma quantia monetária que recai sobre os pais em relação aos seus filhos.

Neste sentido, nos termos do art. 1905º do CC consagra que “*nos casos de divórcio, separação judicial de pessoas e bens, declaração de nulidade ou anulação do casamento, os alimentos ao filho e a forma de os prestar serão reguladas por acordo dos pais, sujeito a homologação; a homologação será recusada se o acordo não*

---

<sup>167</sup> In MELO, Helena Gomes, *et al.*, ob. cit., p. 95.

<sup>168</sup> Contudo é de focar e de salientar que, mesmo que os filhos já tenham atingido a maioridade – 18 anos de idade (art. 130º do CC) ou já tenham adquirido a sua emancipação – através do casamento (art. 132º do CC) e este ainda não tiver concluído a sua formação profissional, cabe ainda aos pais o cumprimento da obrigação patenteada nos termos do art. 1879º do CC na medida em que seja razoável exigir aos progenitores o seu cumprimento e pelo tempo normalmente requerido para o findar daquela formação.

*corresponder ao interesse do menor*”.<sup>169</sup> Contrariamente ao que se verificava no anterior diploma, o referido disposto legal, no caso de os progenitores não tiverem chegado a acordo quanto a esta questão, este preceito não prevê a possibilidade de o tribunal de conhecer e decidir acerca do montante de alimentos adequado ao menor em causa.

Contudo é de focarmos, que apesar deste preceito não prever este dever ao Tribunal, este é-o assegurado nos termos do art. 2007º, n.º 1 do CC, assim como nos arts. 174º, n.º 2 e 178º, n.º 1 da OTM. Não seria concebível, portanto, a não intervenção judicial nestas questões, principalmente nos casos em que os progenitores não chegam a um consenso comum no acordo e por seguinte, o menor, nesta situação *in concreto*, ficaria privado dos seus alimentos, e mesmo havendo consenso comum de ambos, poderiam estes chegar a um resultado absurdo sobre o montante da prestação de alimentos devidos.

Em suma, é de reforçar a ideia de que, independentemente da relação mantida entre os progenitores, estejam eles separados de facto ou de direito, este dever de prestar alimentos, deve atender não só às necessidades do credor, que é o filho, mas também se deve atender às condições económicas do devedor (pais). Assim, salvo circunstâncias excecionais, devem “*os progenitores/tribunal procurar manter o nível de vida económico-social que o menor desfrutava antes da rutura afetiva entre os progenitores, devendo a determinação e fixação do montante de alimentos atender à idade do menor, às suas necessidades educacionais e médicas, bem como as condições económicas dos progenitores em apreço*”<sup>170</sup>.

No caso de os progenitores incumprirem com esta obrigação de prestação de alimentos relativamente aos seus filhos, estes últimos têm ao seu dispor dois mecanismos: o previsto no art. 189º da OTM ou o da execução especial prevista no art. 1118º do CPC.

Assim, o mecanismo consagrado no art. 189º da OTM, o menor, representado pelo progenitor não faltoso ou pelo MP, poderá recorrer aos meios coercivos patenteados no art. 189º da OTM, nos dez dias posteriores ao vencimento da prestação

---

<sup>169</sup> No regime imediatamente anterior, constante do art. 1905º do CC, o n.º 1 estipulava que o destino dos filhos, os alimentos e a forma de os prestar eram convencionados entre os pais, sujeito esse acordo conjunto, a homologação judicial. E o n.º 2 previa que na falta de acordo entre os progenitores, o tribunal decidia, atendendo ao interesse do menor.

<sup>170</sup> Vide CARVALHO, Filipa Ramos de, ob. cit., p. 95.

alimentícia acordada ou decretada pelo Tribunal. Assim, os meios de tutela civil do direito a alimentos que se pode lançar mão, são os seguintes: i) se o devedor “*for funcionário público, ser-lhe-ão deduzidas as respectivas quantias no vencimento, sob requisição do tribunal dirigida à entidade competente*” (al. a) do n.º 1 do art. 189º da OTM); ii) se o devedor for “*empregado ou assalariado, ser-lhe-ão deduzidas no ordenado ou salário, sendo para o efeito notificada a respetiva entidade patronal, que ficará na situação de fiel depositária* (al. b) do referido preceito legal); iii) se o devedor “*for pessoa que receba rendas, pensões, subsídios, comissões, percentagens, emolumentos, gratificações, participações ou rendimentos semelhantes, a dedução será feita nessas prestações quando tiverem de ser pagas ou creditadas, fazendo-se para ta as requisições ou notificações necessárias e ficando os notificados na situação de fiéis depositários* (al. c) do mencionado disposto legal). Acrescenta o n.º 2 do referido disposto legal que “*as quantias deduzidas abrangerão também os alimentos que se forem vencendo e serão diretamente entregues a quem deva recebê-las*”.

No que concerne ao mecanismo consagrado nos termos do art. 1118º do CPC, ou seja, a execução especial de alimentos, este constitui um mecanismo menos célere do que o da OTM, e portanto, como no nosso entendimento, achamos o mais adequado o meio previsto na OTM, não abarcaremos o outro<sup>171</sup>.

Para além da tutela cível quanto ao incumprimento da obrigação de prestação de alimentos por parte dos pais em relação aos seus filhos, existe também para estas situações a tutela penal, preceituada nos termos do art. 250º<sup>172</sup> do CP intitulado por violação da obrigação de alimentos, que se inserem nos tipos de crimes contra a família. Atendendo a este disposto penal, os elementos que se subsumem nele constituem um tipo objetivo de ilícito devido à existência de uma obrigação legal de prestar alimentos *ex vi* art. 1878º e art. 2009, n.º 1 do CC, sendo portanto, quanto ao tipo subjectivo de ilícito, um crime exclusivamente doloso. Assim, e de acordo com o referido artigo “*quem, estando legalmente obrigado a prestar alimentos em condições de o fazer, não cumprir a obrigação no prazo de dois meses seguintes ao vencimento, é punido com*

---

<sup>171</sup> O mecanismo previsto no CPC é paulatino devido ao facto de este meio admitir, necessária e logicamente, os meios de reacção prevista na ação executiva, atendendo à própria natureza e o tipo de meio em apreço.

<sup>172</sup> Este preceito sofreu alterações com a introdução da Lei n.º 61/2008, mais precisamente nos seus n.ºs 1, 2 e 4, e o teor dos atuais n.ºs 5 e 6 correspondem ao anteriores n.ºs 3 e 4.

*pena de multa até 120 dias*<sup>173</sup> (n.º 1); e se a prática deste crime continuar a reiterar-se, o obrigado a prestar alimentos pode ser punido “*com pena de prisão até um ano ou com pena de multa até 120 dias*” (n.º 2).

É importante também salientar que, para o cumprimento desta obrigação deve-se atender à situação económica do devedor (pais), atender aos rendimentos que auferem e encargos que possuem no seu dia-a-dia, assim como se tem de ponderar também, a capacidade física e de trabalho deste tal como o estilo de vida que este adota de acordo com a capacidade económica de que dispõe. Dado isto, para se apurar o montante devido por cada um dos pais relativamente aos alimentos a prestar aos seus filhos, atende-se à situação económica que cada um deles possui. Porém, não quer isto dizer, que se um dos progenitores estiver desempregado ou numa situação precária, que se extinguirá por completo a sua obrigação de sustento em relação os seus filhos menores (credores em causa).

Apesar do direito a alimentos pertencer ao domínio das responsabilidades parentais, o legislador autonomizou a obrigação de alimentos das responsabilidades parentais, dispondo cada uma delas nos arts.1905º e 1906º, respetivamente.

### **11.3 – Guarda**

Sendo o Direito da Família um direito mais suscetível às evoluções sociais e económicas, torna-se, portanto, óbvio que estas evoluções acabem por se repercutir nas alterações legais e, conseqüentemente e paulatinamente, nas posições jurisprudências.

Assim, com a Lei n.º 61/2008, foram introduzidas várias alterações no âmbito das responsabilidades parentais, vislumbrando-se, agora uma maior propensão para igualizar e equilibrar as posições assumidas entre os progenitores e, entre estes e os seus filhos em casos de rutura conjugais, mais precisamente no que concerne às suas responsabilidades parentais para com os seus filhos, ao contrário do que sucedia em

---

<sup>173</sup> Na anterior redação, o art. 250º do CP consagrava que “*quem, estando legalmente obrigado a prestar alimentos e em condições de o fazer, não cumprir a obrigação, pondo em perigo a satisfação, sem auxílio de terceiro, das necessidades fundamentais de quem a eles tem direito, é punido com pena de prisão até dois anos ou com pena de multa até 240 dias*”.

1967, cujas posições e funções assumidas por cada um dos pais, no domínio das responsabilidades parentais, eram pré-definidas e estanques<sup>174</sup>.

Todavia, no regime imediatamente anterior, já se previa que o exercício do poder paternal era exercido por ambos os progenitores tal como consagravam os arts. 1901º e 1906º do CC anterior, mas o regime-regra adotado era o da guarda única<sup>175</sup> após a dissolução do casamento, que permaneceu vigente até à atual Lei. Assim, com a entrada da nova redação, Lei n.º 61/2008, institui-se como regime-regra a guarda conjunta.

A atribuição da custódia dos filhos assim como adoção do respetivo regime de guarda, constitui sem quaisquer sombras de dúvidas uma das grandes problemáticas que se afiguram na nossa jurisprudência, cujo critério preferencial, na atribuição da guarda que têm adoptado, é esta ser atribuída a figura materna, apesar do consagrado intento de igualdade de exercício das responsabilidades parentais entre os progenitores relativamente aos seus filhos.

Assim, após o término do casamento, e de acordo com o art. 1901º, n.º 1 do CC “*o exercício das responsabilidades parentais pertence a ambos os pais*”. Deste modo, podemos constatar que regime da guarda única apenas constitui apenas uma exceção à regra, “socorrendo-se” apenas a ela em casos muito especiais que assim a exijam.

Interessa elucidar que, o regime de guarda conjunta se circunda, apenas e tão-só, a atos de particular importância, pois os atos da vida quotidiana, serão levados a cargo pelo progenitor guardião, a quem foi atribuída a guarda da criança ou àquele com quem a criança se encontre temporariamente.

Outrossim, é de salientar que, dado o galopante número de divórcios que ultimamente temos assistido e com a assunção do papel que o homem tem assumido no seio da vida familiar, temos assistido também a um aumento exponencial das ações de regulação das responsabilidades parentais, e respetivos incidentes de incumprimento dos acordos estabelecidos entre os pais ou por via judicial, bem como uma maior litigância entre os pais neste domínio.

---

<sup>174</sup> Cfr. Arts. 1881º e 1882º do CC de 1967.

<sup>175</sup> Uma das principais críticas que se fez relativamente à guarda única, e conseqüente afastamento de constituir-se como regime-regra, foi precisamente, o facto de esta contribuir para o afastamento e quebra de laços afetivos entre o progenitor não guardião (por norma o pai) e o(s) seu(s) filho(s).

O regime da guarda conjunta consubstancia-se numa ideia de que o superior interesse da criança só será devidamente acautelado se ambos os pais tiverem uma participação bastante ativa. Não obstante, muitos foram os críticos relativamente a esta opção legislativa, principalmente, quando esteja em causa situações de violência doméstica, quando exista um ambiente muito hostil e conflituoso entre os pais, o que impossibilita o exercício conjunto das responsabilidades parentais<sup>176</sup>. Todavia, nem todas as situações se circunscrevem nesta hostilidade e litigância entre os progenitores, logo não cremos que seja caso para afastar de forma redundante este regime-regra, dado que o que está em causa é zelar pelo superior interesse da criança e se for possível tal interesse ser satisfeito por ambos, melhor ainda.

Na nossa ordem jurídica, o regime da guarda conjunta, no que toca ao exercício conjunto na fixação de residência<sup>177</sup>, conduz a uma série de vantagens como desvantagens, tal como se verifica em qualquer outro regime.

Assim, como já foi anteriormente dito, uma das principais críticas a este regime, atende à conflituosidade existente entre os progenitores, bem como as situações de violência domésticas existentes na constância do matrimónio. Neste sentido, já nos referimos também, que não é de se aceitar o afastamento de tal regime, porque apenas se deve atender à satisfação conjunta de zelar e acautelar o superior interesse da criança e como se costuma dizer, cada caso é um caso, e como tal, nem todos se subsumem a questões de violência e de hostilidade entre os progenitores e também, porque se tal exercício não for exercido por ambos, acaba por se verificar um afastamento paulatino entre o progenitor não guardião com o filho. Neste sentido, o art. 1901º, n.º 2 e art. 1906º do CC, este exercício conjunto respeita a QPI's, e pelo que, uma vez que não se tratam de questões do dia-a-dia, entendemos que não se deve afastar tal regime, sem que se poderem todas as circunstâncias do caso *in concreto*. Até porque este regime permite

---

<sup>176</sup> Neste sentido, vide Parecer da Associação Portuguesa das Mulheres Juristas que se mostra muito relutante no estabelecimento do regime da guarda conjunta. Para melhor desenvolvimento ver a obra DIAS, Cristina M. Araújo, ob. cit., p. 45 a 48.

<sup>177</sup> A guarda conjunta manifesta três modalidades distintas, a saber: i) exercício conjunto com fixação da residência principal da criança com um dos progenitores; ii) exercício conjunto com residência alternada, designada também por guarda alternada, em que cada um dos progenitores fica com a criança por períodos iguais de tempo, não tendo porém, o menor, uma residência habitual, já que viverá entre a residência de um e do outro; iii) finalmente, o chamado “Birds’ Nest Arrangement”, aqui, os pais é que se deslocam, por determinados períodos de tempo, à casa de morada de família, onde o filho sempre residiu antes da rutura de casamento.

obter uma maior igualdade entre os progenitores e uma participação mais ativa por cada um deles na educação e no desenvolvimento da criança, evitando-se assim, cortes bruscos nas relações paterno-filiais após o cessar do casamento entre os progenitores.

É de focar também, que ao estabelecer este regime, afasta-se uma conotação negativa que tem tendência a surgir nos processos de regulação de responsabilidades parentais, mais precisamente, a ideia de haver de um vencedor e de um vencido na guerrilha da custódia da criança, que muitas vezes suscitam uma maior conflituosidade entre os progenitores,

Contudo, este regime de guarda conjunta não pode ser encarado como um remédio para fazer face a possíveis situações nefastas que possam surgir com o findar do casamento, ou seja, 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”*<sup>178</sup>. Porém, pode constituir-se como um “instrumento” relevante para muitas situações, *“onde a igualação, ab initio, das responsabilidades dos progenitores e o incentivo à colaboração entre si pode obviar a situação de futura conflituosidade, nomeadamente em situações de alienação parental, onde o sentimento de posse e de obsessão são muitas vezes potenciados pela definição de regimes de guarda que atribuem, muitas das vezes, a um dos progenitores um poder exacerbado sobre aquela criança, que se acaba por refletir negativamente na relação com o outro progenitor”*<sup>179</sup>.

Em suma, o regime de guarda conjunta assenta na atribuição a ambos os progenitores, o exercício conjunto das responsabilidades parentais relativamente ao menor, nos mesmos termos em que estas eram exercidas na constância do matrimónio ou sua pendência; cada um deles possui direitos iguais sobre as QPI's da vida do menor, podendo em casos de ponderosa urgência, um deles agir e decidir sozinho, devendo porém, o progenitor em causa prestar, logo que possível, informações ao outro progenitor (art. 1906º, n.º do CC); inversamente, incumbe ao progenitor que com ele reside ou que esteja temporariamente decidir por si quanto a questões do seu quotidiano.

---

<sup>178</sup> In SOTTOMAYOR, Maria Clara, ob. cit., p. 169 e 179.

<sup>179</sup> CARVALHO, Filipa Daniela Ramos de, ob. cit., p. 92.

## 11.4 – Incumprimento das Responsabilidades Parentais

Quando um dos progenitores incumpra o acordado ou decidido sobre a regulação das responsabilidades parentais, estaremos perante um incidente processual, cuja tramitação se processa nos termos do art. 181º da OTM. Assim, no seu n.º 1 *“se, relativamente à situação do menor, um dos progenitores não cumprir o que tiver sido acordado ou decidido, pode o outro requerer ao tribunal as diligências necessárias para o cumprimento coercivo e a condenação do remisso em multa até 249,90 euros e em indemnização a favor do menor ou do requerente ou de ambos”*. Após o recebimento do processo, o progenitor incumpridor será notificado, para no prazo de dois dias alegar o que tenha por conveniente ou o Juiz convoca os progenitores para uma conferência. Nesta conferência, e atendendo ao interesse do menor, os progenitores podem alterar o que estava fixado quanto às responsabilidades parentais (n.ºs 2 e 3).

Para além da tutela civil, o legislador também consagrou uma tutela penal nesta situação, mais precisamente no art. 249º do CP, intitulado *“Subtracção do menor”*. Assim, *“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; é punido com pena de prisão até dois anos ou com pena de multa até 240 dias”* (n.º 1). Acrescenta o seu n.º 2 que *“nos casos previstos na alínea c) do n.º 1, 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”*.

A *mens legislatories* foi a de que, com esta incriminação, os pais assumam os seus deveres e obrigações relativamente aos seus filhos e que mantenham com eles um normal e regular contacto e acompanhamento no seu desenvolvimento. Constituem este tipo de crime: incumprimento das responsabilidades parentais no que concerne ao regime estabelecido para a convivência do menor; incumprimento que se traduza na recusa, atraso na entrega do menor ou dificulte de modo significativo a sua entrega ou acolhimento; e quando esse incumprimento seja repetido e injustificado.

## 11.5 – A (Síndrome de) Alienação Parental

O Síndrome de Alienação Parental surgiu em 1985 nos EUA, cuja origem se deveu Richard Gardner. A SAP surgiu com o intuito de fazer face à problemática inerente à recusa da criança de conviver com o progenitor sem guarda, no âmbito do divórcio e, conseqüentemente das disputas entre os progenitores sobre a guarda e visitas.

Não obstante, apesar do surgimento da SAP remontar a 1985, é uma figura bastante controversa no domínio das ciências sociais, existindo por um lado autores que a defendem acerrimamente, e por outro, autores que a refutam perentoriamente<sup>180</sup>.

A alienação parental, como iremos de seguida analisar, consubstancia-se num “*distúrbio caracterizado pelo conjunto de sintomas resultantes do processo pelo qual um progenitor transforma a consciência dos seus filhos, mediante diferentes estratégias, com o objetivo de impedir, obstaculizar ou destruir os seus vínculos com o outro progenitor, até tornar contraditória em relação ao que devia esperar-se da sua condição*”<sup>181</sup>. Face ao supra dito, realçamos que esta ideia assenta em o progenitor guardião exercer grande influência sobre a criança ao ponto de a manipular e conseqüentemente, de levar à quebra dos laços entre esta e o outro progenitor.

O Juiz perante esta situação deve ser imparcial quanto às alegações feitas pelos progenitores e deve atender apenas ao superior interesse da criança, de forma a preservar o seu desenvolvimento “são”, quer a nível físico, psicológico e moral.

### 11.5.1 – Noção

A Síndrome da Alienação Parental consiste numa “*campanha sistemática e intencional, levada a cabo por um dos pais, para denegrir o outro progenitor, acompanhada de uma lavagem cerebral ao cérebro da criança com o objetivo de destruição do vínculo afetivo ao outro progenitor*”<sup>182</sup>, situação esta que se constata, na

---

<sup>180</sup> Vide CARVALHO, Filipa Ramos de, ob. cit., p. 42, nota de rodapé 50 e 51.

<sup>181</sup> Vide AGUIAR, José Manuel, ob. cit., pp. 32 e 33.

<sup>182</sup> In SOTTOMAYOR, Maria Clara, ob. cit., p. 158.

grande maioria dos casos, na disputa entre os progenitores por causa da guarda e custódia do menor<sup>183</sup>.

Como já foi supradito, esta conceção circunscreve-se nos casos em que é decretado o divórcio, mais precisamente, quando se desenrola processos judiciais referentes à atribuição da guarda dos menores aos progenitores. Assiste-se na grande maioria dos casos a atribuição da guarda do menor à mãe, relegando-se assim, de certa forma, para segundo plano, o papel do pai na vida do menor.

Assim, segundo esta conceção assiste-se à existência de um processo destrutivo da imagem do progenitor não guardião, normalmente, o pai e, a manipulação da criança por parte do progenitor guardião, que normalmente é a mãe. Entendemos, que o comportamento do progenitor guardião, nestes casos, é indubitavelmente, uma forma notória de castigar o outro progenitor pelo findar da relação conjugal, e conseqüentemente, pela sua rejeição, e que devido a isto, instigam o(s) seu(s) próprio(s) filho(s) em não privar qualquer tipo de contacto com o progenitor não guardião, como forma de lidar com a sua frustração e de “penalizar” o seu ex-cônjuge.

Neste sentido, Gardner, entende que se deve fazer uma distinção entre casos de SAP de casos de eventual alienação parental (AP). Assim, entende que estaremos perante um caso de SAP quando se verifique “*um conjunto de comportamentos e ações desenvolvidas por um dos progenitores sobre os menores de forma a controlar a relação entre estes e o progenitor alienado e, paulatinamente, e afastá-los, criando nos menores uma atitude de repulsa e rejeição relativamente a este progenitor*”<sup>184</sup> ao passo que nos casos de AP, esta “*constitui, por si só, um termo mais genérico que abrange não só os casos de abuso emocional, presente nos casos de SAP, mas também situações de abuso psicológico*”

A grande celeuma que reside aqui é precisamente, a determinação desta figura, mais concretamente no que diz respeito à síndrome, pois para tal aferição é

---

<sup>183</sup> Segundo Gardner, nestes processos, para estarmos perante indícios da SAP, devem existir os seguintes factos: “1) Campanha para denegrir a pessoa do outro progenitor junto da criança; 2) Razões frágeis, absurdas ou frívolas para a rejeição do progenitor; 3) Falta de ambivalência; 4) O fenómeno do pensador independente; 5) Apoio automático da criança ao progenitor alienador; 6) Ausência de sentimentos de culpa em relação à crueldade e/ou exploração do progenitor alienado; 7) Presença de encenações encomendadas; 8) Propagação de animosidade aos amigos e/ou família alargada do progenitor alienado” – Vide SOTTOMAYOR, Maria Clara, ob. cit., p. 159.

<sup>184</sup> In CARVALHO, Filipa Ramos de, ob. cit., p. 44.

imprescindível a intervenção da medicina ou das ciências sociais especializadas nesta área e do Tribunal, julgando este último de acordo com os resultados que os anteriores tiverem prescrito através da análise clínica realizada. Contudo, cremos que, perante estas situações tão delicadas, seja bastante complicado e dificultoso para os nossos Magistrados tentar aproximar os cônjuges por forma a acautelar o superior interesse do menor, bem como garantir o cumprimento da relação paterno-filial obstaculizada. É pois, nos processos de regulação das responsabilidades parentais que se centra o grande problema, mais precisamente, na relação entre o(s) filho(s) e o progenitor não guardião/alienado.

Face ao exposto, importa salientar que nem todos os casos de incumprimento da regulação das responsabilidades parentais e do mau relacionamento existente entre os próprios progenitores ou entre estes e os seu(s) respetivo(s) filho(s), circunscrevem a figura da SAP. Só estaremos perante esta figura, quando as entidades especializadas nesta área assim a identificarem. Os tribunais neste caso, assumem um papel de extrema importância para resolver o litígio em causa e, sobretudo, para acautelar o superior interesse da criança.

### **11.5.2 – SAP e a Jurisprudência Portuguesa**

É do comum entendimento que, quando se outorga o divórcio ou a separação de bens e pessoas, *“o destino dos filhos, ou seja, a escolha das pessoas a quem o menor será confiado ou a quem a guarda será atribuída, será regulado de harmonia com o interesse do menor, incluindo o de manter uma relação de grande proximidade com o progenitor a quem não seja confiado”*<sup>185</sup>.

No nosso ordenamento jurídico, quer a nível doutrinal quer a nível jurisprudencial, adotou-se o entendimento de que, tendo em conta o superior interesse da criança e tudo o eu lhe seja conexo, não se deve promover o afastamento desta relativamente ao progenitor não guardião.<sup>186</sup>

---

<sup>185</sup> In SOTTOMAYER, Maria Clara, *apud* CARVALHO, Filipa Daniela Ramos de, ob. cit., p. 14.

<sup>186</sup> Outrora, com a reforma introduzida em 1997 previa-se no art. 1906º, n.º 1 o regime de guarda única, ou seja, apenas o progenitor guardião possuía todos os poderes/deveres em relação à criança.

Como é do conhecimento de todos nós, após a rutura conjugal, assistimos sempre a uma situação de fragilidade e de debilidade nas bases da instituição familiar, pairando sempre um ambiente hostil e conflituoso entre os ex-cônjuges, e caso exista filhos, estes serão sempre as principais vítimas dos longos e paulatinos processos de divórcio e de regulação das responsabilidades parentais.

Face a estas situações, inevitavelmente irá verificar-se um afastamento da criança relativamente ao progenitor não guardião, porque se até entre nós é mais fácil criar laços com alguém com a qual passamos mais tempo, o inverso, também se verificará, no sentido de que, havendo efetivamente um afastamento material do progenitor não guardião, é normal que os seus laços lentamente se vão deteriorando.

Ora, em relação ao nosso sistema jurídico e no tocante à situação da SAP, também a nossa jurisprudência se mantém hesitante no uso da terminologia criada por Gardner, utilizando, porém, as seguintes expressões, também elas subsumíveis à caracterização da SAP: “manipulação”; “sintomas de descontrole emocional”; “crescimento de uma relação, por vezes excessivamente dependente e doentia, com um dos progenitores”.

Contudo, o que nos interessa ter especial atenção, é precisamente, aquelas situações em que há uma *“criação de uma relação de carácter exclusivo entre a criança e um dos progenitores com o objetivo de excluir o outro (...), com o objetivo de retirar ao pai o convívio com os seus filhos, muitas vezes através da aparente recusa da criança em ver (ou estar com) o outro progenitor”*<sup>187</sup>.

Porém, nem sempre tais situações se subsumem à SAP, pois apenas podem estar em causa incumprimentos, nomeadamente, a mera mora na entrega da criança nos dias de visita com o progenitor guardião ou até mesmo se dar o caso de a criança ter padecido de algum mau estar ou até mesmo alguma doença súbita, tais como, vômitos, febres, entre outras situações típicas de acontecer a qualquer criança.

Inversamente, já se subsumirá a uma situação assente na SAP, cuja figura só é proclamada em *“ultima ratio”*, se estivermos perante situações em que se verifica apenas e tão-só, a única intenção do progenitor guardião em querer afastar totalmente do seu filho o outro progenitor (não guardião), ou seja, a intenção do progenitor guardião é obstar plenamente o convívio entre o pai (em regra) e a criança, incutindo-lhe ideias e

---

<sup>187</sup> RIBEIRO, Maria Saldanha Pinto, ob. cit., p. 30-31.

opiniões deveras nefasta para que esta repudie totalmente o seu pai e consequente afastamento entre esta e a família paterna.

Face ao exposto, estes processos desta índole, ou seja, escorados na SAP, inserem-se no domínio dos processos de jurisdição voluntária<sup>188</sup>. Para o efeito da tomada de decisão de tal situação por parte do Magistrado, este é coadjuvado por especialistas na área de medicina ou de ciências sociais, tais como, psiquiatras, psicólogos, por exemplo, que procedem a uma análise clínica da criança em pareceres ou relatórios de forma minuciosa e detalhada sobre o caso em si.

Os nossos tribunais com o intuito de proverem um desenvolvimento são da criança e de acautelarem ao máximo o superior interesse da criança, tanto a nível de incumprimento como a nível das alterações da regulação das responsabilidades parentais, adotaram a aplicação de uma multa por forma a travar futuras “reincidências”. Assim, os progenitores ficam obrigados a respeitar tudo o que foi sentenciado ou tudo o que foi acordado entre os progenitores na regulação das responsabilidades parentais, sob pena de lhes ser aplicada uma multa<sup>189</sup>.

Não obstante, o Juiz nem sempre, nestas situações supra ditas, aplica a multa, pois há determinados e certos casos, em que o sucessivo incumprimento das responsabilidades parentais se consideram graves, como por exemplo, a criança manifestar um comportamento muito estranho e preocupante tanto em relação ao progenitor não guardião como a pessoas estranhas ao núcleo familiar. Nestas situações, a nossa jurisprudência apresentou as seguintes soluções: a alteração do regime de regulação das responsabilidades parentais ao outro progenitor, sendo esta aplicada somente em “*ultima ratio*” ou uma preferência pela ajustamento.

Outra situação emerge, mas só em casos deveras gravíssimos, na atribuição da guarda da criança a terceira pessoa. Ora, entende-se que se a criança deverá se entregar a terceira pessoa, apenas em *ultima ratio*, quando se verifique que ela já se encontra demasiado “entranhada” na conflituosidade existente entre os seus progenitores e como tal, a situação da SAP já é demasiado afincada e notória. Posto isto, entende-se que a criança, perante estes factos, já se encontra numa situação de risco e como tal, deve ser

---

<sup>188</sup> O processo de jurisdição voluntária vem regulado nos termos dos arts. 1409º e ss do CPC. Para melhor desenvolvimento, vide MARTINS, Rosa Cândido, ob. cit.

<sup>189</sup> Assiste-se, hoje em dia, a uma certa diminuição do incumprimento dos progenitores a nível do exercício das responsabilidades parentais, pois como a multa é traduzida numa quantia monetária, os pais já” pensam duas vezes” antes de incumprirem com as suas obrigações parentais.

afastada dos progenitores por um período considerado razoável e proporcional. Neste sentido os arts. 5º, 8º, mas principalmente o 9º da Convenção sobre os Direitos da Criança inculca esta ideia de que o afastamento da criança em relação ao seus progenitores deve ser ponderada em *ultima ratio*, mas apenas e tão-só, quando o caso em *in concreto* revele tal necessidade extrema para salvaguardar o superior interesse da criança.

Face a esta situação, somos da opinião que as responsabilidades parentais devem ser exercidas por ambos os pais e não ser atribuída a guarda a uma terceira pessoa, pois entendemos que as responsabilidades parentais pertencem a sujeitos determinados (pai e mãe) que possuem pela sua própria natureza, uma fortíssima natureza “*intuito personae*”, salvo se os próprios pais ponham em causa o seu desenvolvimento da criança e manifestem nitidamente a sua intenção de não quererem zelar pelo seu superior interesse.

Creemos, portanto, “que o princípio do predomínio da equidade sobre a legalidade concretizar-se-ia de forma bem notória e adequada na aplicação de muitas nos casos de incumprimentos iniciais dos regimes de regulação do exercício das responsabilidades parentais.”<sup>190</sup>

### **11.5.3 – Breves Considerações Sobre Controvérsia em Torno da Guarda dos Menores e SAP no Direito Comparado**

#### **11.5.3.1 – Alemanha**

Na Alemanha a problemática da SAP foi impulsionada pelos autores Leitner e Schoeler em 1998 de acordo com a conceção lançada por Gardner. Assim, dado o manifesto aumento desta situação da SAP, que ocorre após o fim do casamento e, conseqüentemente, a grande celeuma que se verifica quanto à guarda do menor, o Código Civil alemão foi reestruturado no domínio do Direito da Família, fazendo menção à SAP, no seu art. 1696º sob epígrafe “Negação de convívio na relação entre progenitores”.

---

<sup>190</sup> CARVALHO, Filipa Daniela Ramos de, ob. cit., p. 65.

O referido disposto legal refere expressamente que a guarda atribuída ao progenitor que impossibilite e obstaculize o relacionamento entre o outro progenitor, e o seu filho e que induza o menor a não gostar nem a se relacionar com o pai, só deverá ser retirada, ao progenitor guardião, em “*ultima ratio*”.

Büte, Juiz do Supremo Tribunal Regional de Celle, em 2001, exprimiu que era de extrema importância nos casos da SAP, a existência de intervenção da medicina ou das ciências sociais especializadas nesta área por forma a coadjuvarem os Tribunais na tomada de uma decisão. Em bom rigor, os pareceres e relatórios realizados por estes peritos são apreciados de forma muito minuciosa por parte dos Magistrados, tornando-se, portanto, estes pareceres e relatórios bastante úteis para a formulação de uma decisão decretada pelo Juiz.

### **11.5.3.2 – Espanha**

A problemática assente na SAP surgiu em Espanha nos últimos anos, nomeadamente, quando se disputa a guarda do menor após a dissolução do casamento, estando porém, esta situação, assumir um notório aumento na jurisprudência espanhola.

A situação que despoletou maior controvérsia acerca da SAP foi a decisão de 14 de junho de 2007 do *Juzgado de Instrucción n.º 4 de Manresa (Sentencia n.º 272/08)*. Sentença determinou que o poder paternal fosse atribuído “*ao progenitor, com a suspensão do direito de visitas e comunicações entre a progenitora e a família materna com a menor pelo período mínimo de seis meses, ficando, a partir desse momento, o restabelecimento da relação mãe (família materna) – filha dependente de relatório a reavaliar a situação em causa, relatório esse que seria emitido pelos profissionais envolvidos em todo o processo*”<sup>191</sup>. Neste caso concreto, a situação desenrolou-se desde 2003, a partir do momento em que os progenitores se separaram de facto e a guarda foi atribuída à mãe, cuja menor, nessa altura tinha cinco anos de idade. Este caso assumiu grandes contornos devido ao facto, não de só ter sido vedado ao pai o direito de ver a sua própria filha, situação esta que chegou a este cominar por força da mãe, que manipulou de forma “bastante grosseira” a menor contra o pai, como também o facto de a própria filha ter desenvolvido fobia, medo e aversão ao pai.

---

<sup>191</sup> Vide CARVALHO, Filipa Daniela Ramos de, ob. cit., p. 56.

Face à situação supra descrita, o Tribunal *ad quem* “*revogou parcialmente a sentença recorrida, determinando o estabelecimento de um regime de visitas entre a mãe e a filha que possibilitasse uma reaproximação imediata entre ambas*”<sup>192</sup>. A jurisprudência espanhola, entendeu que não se havia feito prova da SAP e que a medida tinha sido bastante drástica para o caso em concreto, salientando também que, em caso algum, tinha sido estipulado um prazo de suspensão (da comunicação entre mãe/filha) assim tão alargado<sup>193</sup>.

### 11.5.3.3 – Austrália

O ordenamento australiano, também assiste a um enorme crescimento de situações da SAP, contudo relegam o uso da terminologia criada por Gardner.

O seu sistema jurídico australiano adota como regime-regra a guarda conjunta no que concerne às responsabilidades parentais após o divórcio, regime este que acaba por ser extremamente conflituoso quando os progenitores não se entendem. Não obstante, com a reforma realizada à Family Law Act<sup>194</sup> em 1995, verificou-se a possibilidade de se poder fazer face a processos desta índole, e por seguinte a casos em que se verifique a SAP.

Assim, só se prescinde do regime-regra, guarda conjunta, se o caso em concreto revelar uma extrema gravidade de entendimento entre os progenitores, e por seguinte, causar graves complicações no desenvolvimento e bem-estar do menor. Caso se afaste este regime-regra<sup>195</sup>, opta-se por um regime de guarda única ou até mesmo por uma proibição de contactos por parte do progenitor não guardião com o seu filho menor.

---

<sup>192</sup> Idem, p.57.

<sup>193</sup> Para melhor entendimento ver p. 56 a 58 da obra CARVALHO, Filipa Daniela Ramos de.

<sup>194</sup> Para melhor entendimento ver p. 58-59 da obra CARVALHO, Filipa Daniela Ramos.

<sup>195</sup> Para se poder afastar a aplicação do regime-regra, ou seja, cujo afastamento se baseia essencialmente na enorme litigância entre os progenitores, é imprescindível também para o efeito, que o progenitor apresente factos bastante preponderantes por forma a convencer o tribunal de que o outro progenitor não acautele nem zela pelo superior interesse da criança. Acresce ainda a esta situação, o facto de ser permissível aos progenitores intervirem nestes processos, sem carecerem de advogado ou de qualquer especialista. Contudo, há autores que defendem, que para tal efeito, se deve socorrer a meios de alternativos como arbitragem ou a mediação, bem como o aconselhamento dos progenitores para fazer face a este litígio, principalmente, no que toca à definição do regime de guarda após o divórcio.

Porém, é de comum entendimento jurisprudencial, possibilitar e viabilizar o contacto e convívio entre o progenitor não guardião e o filho menor, desde que neste contacto/convivência estejam presentes especialistas mencionados pelo Tribunal.

#### 11.5.3.4 – EUA

A SAP surgiu primeiramente nos EUA em 1895 por Gardner<sup>196</sup>, cujo objetivo era o de resolver as questões inerentes às situações de manipulação e coação feitas ao menor por parte do progenitor guardião/alienante em relação ao progenitor não guardião/alienado, situações estas, que se consubstanciavam na síndrome de alienação parental.

Por norma, nos inícios do séc. XX, o regime guarda única<sup>197</sup> era atribuída à mãe que se consubstanciava num critério de preferência materna, porém, em meados dos anos 60 e atendendo às manifestações das associações ativistas dos direitos dos pais e também por parte de alguns da medicina, das ciências sociais e das ciências jurídicas, os legisladores estaduais sentiram a necessidade de reapreciar a questão da guarda e, se centrarem principalmente no superior interesse da criança, independentemente de esta ser atribuída ao pai ou à mãe. Assim, para a atribuição da guarda a um dos progenitores atendia-se, primordialmente, em ver qual delas provia um lar mais adequado à criança. Contudo, esta tendência assente na imparcialidade e equiparação entre os progenitores não foi seguida pela jurisprudência norte-americana, pois mostrava-se bastante relutante em afastar o critério preferencial da mãe para a custódia da criança.

Posto isto, face à dissolução do casamento, sentiu-se a necessidade de se instituir novos regimes e critérios para a atribuição da guarda dos menores aos respetivos progenitores. Neste sentido, os Estados norte-americanos criaram duas modalidades de guarda conjunta: *joint physical custody* e *joint legal custody*.

A primeira consiste num regime em que o(s) menor(es) passe(m) períodos de tempo exatamente iguais com cada um dos progenitores, no domicílio de cada um deles. Ao invés, a segunda retrata a situação de as responsabilidades na educação e formação

---

<sup>196</sup> Como já foi abordado no ponto 11.5

<sup>197</sup> Como se irá analisar, doravante neste ponto, a guarda única só é estabelecida em “*ultima ratio*”, constituindo regime-regra a guarda conjunta ou a guarda compartilhada.

do menor, devam ser exercidas por ambos os progenitores, ou seja, assiste-se aqui, ao exercício conjunto dos progenitores quanto às responsabilidades parentais, mais concretamente no que diz respeito às questões de particular importância<sup>198</sup>.

O primeiro caso da SAP que surgiu na América foi em 1988, mais precisamente, na Flórida. O caso materializou-se no seguinte: a progenitora guardiã “*alegou um direito constitucional de liberdade de expressão, concretizando num «right to be nasty»*”<sup>199</sup>, de forma a impossibilitar a entrega ou impedir o cumprimento do regime definido de convívio entre o progenitor não guardião e a sua filha. Neste sentido, o Tribunal de Recurso pronunciou-se sobre o sentimento manifestado pelo progenitor não guardião, ou seja, de repulsa, rejeição e recusa, que advinha das próprias atitudes da progenitora guardiã, pois esta manipulava a criança, incutindo-lhe ideias nefastas sobre o pai, impossibilitando assim, o contacto pessoal e afetivo entre pai e filha. Mais tarde, este Tribunal condenou a mãe a uma pena de multa, uma vez que esta incumpriu o dever de respeito e incentivo de relações afetivas entre o pai e a menor. Decisão esta, que veio ser confirmada pelo Supremo Tribunal da Florida.

---

<sup>198</sup> Esta segunda modalidade, guarda conjunta, é o regime-regra que vigora no nosso ordenamento jurídico. No que concerne à primeira modalidade, tanto a nível doutrinal como jurisprudencial, esta é refutada na medida em que este regime infere um efeito desestabilizador para o menor.

<sup>199</sup> In CARVALHO, Filipa Daniela Ramos de, ob. cit., p. 50.

## CONCLUSÃO

A conceção tradicional de família foi-se perdendo ao longo dos tempos, tanto que hoje são poucas as famílias compostas por “pai, mãe e filho”, predominando as famílias monoparentais. O conceito de família monoparental remete-nos para a análise de dois institutos jurídicos, designadamente, o divórcio (fim da comunhão de vida conjugal) e responsabilidades parentais (exercício comum por ambos os progenitores).

Do exposto nesta dissertação constatamos que com a introdução da Lei n.º 61/2008, assistimos a alterações bastantes significativas tanto no âmbito do divórcio como nas responsabilidades parentais.

Assim, e no que concerne ao instituto do divórcio manteve-se o divórcio por mútuo consentimento (embora com algumas alterações) e procedeu-se à introdução de uma nova modalidade de divórcio, mais precisamente, o divórcio sem consentimento de um dos cônjuges (que substituiu o divórcio litigioso). Mas a alteração mais importante neste domínio traduz-se na eliminação da ação de divórcio fundada na violação culposa dos deveres conjugais.

Outrossim, que merece especial relevância foi a introdução de uma nova figura denominada “mediação familiar” que é um serviço que é facultado às partes, antes do início do processo de divórcio, cuja obrigatoriedade de informação deste serviço, aos cônjuges, é da competência da Conservatória do Registo Civil ou do Tribunal (art. 1774º do CC), consoante os casos.

No que toca às responsabilidades parentais, também esta sofreu alteração na sua própria denominação, pois no regime imediatamente anterior denominava-se por poder paternal.

O legislador com as alterações que fez nas responsabilidades parentais quis atender a um melhor cumprimento destas em prol do superior interesse do menor. Assim, releva-se o exercício conjunto em relação às questões de particular importância, que apesar de não ser o remédio para todas as situações, propicia um melhor relacionamento entre cada um dos progenitores e entre estes com seu filho, diminuindo assim, o ambiente hostil e conflituoso que urgia entre eles, bem como proporciona a

cada um dos progenitores um direito de igualdade na educação e cuidados para com o menor.

Finalmente, no que diz respeito à SAP é de salientarmos que o Juiz deve-se pautar pela imparcialidade e pela neutralidade em relação às alegações que os progenitores fazem e atender, apenas e somente, ao interesse da criança em causa, por forma a encontrar uma solução que se coadune a servir aos interesses desta para que ela cresça como ser humano, física, psicológica e moralmente sã e equilibrada.

Por isso, resta-nos a doce noção que apesar destas modestas páginas, este não é, nem nunca poderia ser, um trabalho completo, mas sim um tema em aberto, sendo continuamente densificado pela doutrina e jurisprudência e, é claro, por cada relação entre filho-mãe-pai, que desde o início dos tempos tem vindo a perpetuar o género humano.

# REFRÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

## Doutrina

- AGUIAR, José Manuel, “*Síndrome de Alienação Parental*”, Casal da Cambra – Portugal, Caleidoscópio, 2008;
- ANDRADE, Manuel de, “*Teoria Geral da Relação Jurídica*”, Vol. II, 9ª reimpressão, Coimbra, Almedina, 2003;
- BOLIEIRO, Helena; GUERRA, Paulo, “*A Criança e a Família – Uma Questão de Direito(s): Visão prática dos Principais Institutos do Direito da Família e das Crianças e Jovens*”, Coimbra, Coimbra Editora, 2009;
- BORGES, Beatriz Marques, “*Protecção de Crianças e Jovens em Perigo*”, 2.ª edição, Coimbra, Almedina, 2011;
- CANOTILHO, Gomes; MOREIRA, Vital, “*Constituição da República Portuguesa Anotada*”, Vol. I, 4ª Ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2007;
- CARVALHO, Filipa Daniela Ramos de, “*A (Síndrome de) Alienação Parental e o Exercício das Responsabilidades Parentais: Algumas Considerações*”, Coimbra Editora, 2011;
- COIMBRA, Arménia, “*Divórcio*”, Coimbra Editora, 2009;
- COLAÇO, Amadeu, “*Novo Regime do Divórcio*”, 3ª Ed., Almedina, 2009;
- COSTA, Mário Júlio de Almeida, “*Direito das Obrigações*”, 9ª Ed., Almedina, 2006;
- COSTA, Viviane Nascimento, “*Guarda Conjunta: Uma Nova Forma de Estruturar a Família Após o Fim do Matrimónio*”, Dissertação de Mestrado na área de Ciências Jurídico-Civilísticas apresentado à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2007;
- CUNHA, Liliane Terezinha, “*Possibilidade de Perda do Poder Familiar em Decorrencia da Alienação Parental*”, Monografia para obtenção do título de Bacharel em Direito apresentada à Universidade do Sul de Santa Catarina, 2010;

- DIAS, Cristina M. Araújo, “*Uma Análise do Novo Regime Jurídico do Divórcio: Lei n.º 61/2008 de 31 de Outubro*”, 2ª Ed., Almedina, 2008;
- DUARTE, Maria de Fátima Abrantes, “*O Poder Paternal: Contributo para o Estudo do Seu Actual Regime*”, Lisboa, AAFDL, 1997;
- FARINHA, António H. L., “*Mediação Familiar e Responsabilidades Parentais*”, Almedina, 2008;
- FIALHO, António José, “*O Papel e a Intervenção da Escola em Situações de Conflito Paternal*”, Verbo Jurídico, 2011;
- GOMES, Ana Sofia, “*Responsabilidades Parentais*”, 2.ª edição, Lisboa, *Quid Juris*, 2009;
- LEANDRO, Armando; “*Poder Paternal: Natureza, Conteúdo, Exercício e Limitações – Algumas Reflexões de Prática Judiciária*”, In Separata do Ciclo de Conferências no Conselho Distrital do Porto da Ordem dos Advogados, 1985, pp. 113-164.
- LEITÃO, Hélder Martins, “*Da Acção de Regulação do Exercício das Responsabilidades Parentais*”, Almeida & Leitão, 2009;
- MARTINS, Rosa, “*Responsabilidades Parentais no Séc. XXI: a Tensão entre o Direito de Participação da Criança e a Função Educativa dos Pais*”, *Lex Familiae – Revista Portuguesa do Direito da Família*, Ano 5, n.º 10 (2008), pp. 25-40;
- MARTINS, Rosa Cândido, “*Processos de Jurisdição Voluntária – Acções de Regulação do Poder Paternal: Audição do Menor*”, Separata do Boletim da Faculdade de Direito, Vol. 77, 2001;
- MELO, Helena Gomes, RAPOSO, João Vasconcelos, et al., “*Poder Paternal e Responsabilidades Parentais*”, 2ª Ed., *Quid Juris*, 2010;
- NETO, Abílio, “*Código Civil Anotado*”, 15ª Ed., Ediforum, Lisboa, 2006;
- OLIVEIRA, Guilherme de, “*Linhas Gerais da Reforma do Divórcio*”, *Lex Familiae – Revista Portuguesa de Direito da Família*, Ano 5, n.º 10 (Julho / Dezembro 2008), pp. 63-69;
- OLIVEIRA, Francisco Pereira Coelho de, “*Curso de Direito da Família*”, Vol. I, 3ª Edição, Coimbra Editora, 2003;
- RIBEIRO, Maria Saldanha Pinto, “*Amor de Pai – Divórcio, Falso Assédio e Poder Paternal*”, Livros d’Hoje – Publicação Dom Quixote, 2006;

- RAMIÃO, Tomé d'Almeida; “*O Divórcio e Questões Conexas – Regime Jurídico Atual*”, 3ª Ed., *Quid Juris*, 2011;
- RODRIGUES, Hugo Manuel Leite, “*Questões de Particular Importância no Exercício das Responsabilidades Parentais*”, Dissertação de Mestrado em Direito das Pessoas e da Família apresentado à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2010;
- SALLESSE, Bianca Ruiz, “*Mediação Familiar: a Arte da Comunicação na Transformação dos conflitos Familiares nas Relações Pais e Filhos Envolvidos em Divórcio*”, Dissertação de Mestrado em Ciências Jurídico-Civilísticas apresentado à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2007;
- SIMÕES, M. C. Taborda, *et al.*, “*Regulação do Exercício do Poder Paternal: Aspetos Jurídicos e Avaliação Psicológica*”, Coimbra, Almedina, 2006;
- SOTTOMAYOR, Maria Clara, “*Regulação do Exercício das Responsabilidades Parentais nos Casos de Divórcio*”, 5ª Ed., Almedina, 2011;
- VARELA, Antunes, “*Direito da Família*”, Livraria Petrony, 1999;
- XAVIER, Rita Lobo, “*Ensinar Direito da Família*”, Publicações Universidade Católica, 2008;
- XAVIER, Rita Lobo; “*Recentes Alterações ao Regime Jurídico do Divórcio e das Responsabilidades Parentais: Lei n.º 61/2008, 31 de Outubro*”, Almedina, 2010;
- XAVIER; Rita Lobo; “*Responsabilidades Parentais no Séc. XXI*”, *Lex Familiae: Revista Portuguesa do Direito da Família*, Ano 5, n.º 10 (2008), pp. 17-23;

## Fontes Informáticas

- <http://www.dgsi.pt>
- [http://pt.wikipedia.org/wiki/Associa%C3%A7%C3%A3o\\_Portuguesa\\_de\\_Mulheres\\_Juristas](http://pt.wikipedia.org/wiki/Associa%C3%A7%C3%A3o_Portuguesa_de_Mulheres_Juristas)
- [http://www.jn.pt/PaginaInicial/Sociedade/Interior.aspx?content\\_id=1667749](http://www.jn.pt/PaginaInicial/Sociedade/Interior.aspx?content_id=1667749)
- [http://www.soj.pt/associados/familia/dec\\_lei\\_272\\_2001.pdf](http://www.soj.pt/associados/familia/dec_lei_272_2001.pdf)

- [http://www.verbojuridico.com/doutrina/2011/antoniojosefialho\\_papelintervencoescola.pdf](http://www.verbojuridico.com/doutrina/2011/antoniojosefialho_papelintervencoescola.pdf)
- <http://ww1.rtp.pt/noticias/index.php?article=60506&tm=&layout=121&visual=49>
- [http://www.google.com/#sclient=psy-ab&hl=pt-PT&source=hp&q=Projecto+lei+509%2FX+responsabilidades+parentais&rlz=1R2ADFA\\_pt-PTPT423&psj=1&oq=Projecto+lei+509%2FX+responsabilidades+parentais&aq=f&aqi=&aql=&gs\\_sm=3&gs\\_upl=73281149221011571912812810101013591506510.18.8.212810&bav=on.2,or.r\\_gc.r\\_pw.,cf.osb&fp=7700102e2703de84&biw=1280&bih=603](http://www.google.com/#sclient=psy-ab&hl=pt-PT&source=hp&q=Projecto+lei+509%2FX+responsabilidades+parentais&rlz=1R2ADFA_pt-PTPT423&psj=1&oq=Projecto+lei+509%2FX+responsabilidades+parentais&aq=f&aqi=&aql=&gs_sm=3&gs_upl=73281149221011571912812810101013591506510.18.8.212810&bav=on.2,or.r_gc.r_pw.,cf.osb&fp=7700102e2703de84&biw=1280&bih=603)
- [http://www.unicef.pt/docs/pdf\\_publicacoes/convencao\\_direitos\\_crianca2004.pdf](http://www.unicef.pt/docs/pdf_publicacoes/convencao_direitos_crianca2004.pdf)