

Oportunidade perdida para a reforma dos processos judiciais de divórcio no Código de Processo Civil de 2013

RITA LOBO XAVIER*

1. A Lei n.º 61/2008, de 31 de outubro, e os processos judiciais de divórcio

1.1. Processo especial de divórcio por mútuo consentimento

A Lei n.º 61 /2008, de 31 de outubro, que alterou o regime jurídico do divórcio em Portugal, implicou mudanças nos processos judiciais de divórcio e de separação de pessoas e bens¹. O processo de divórcio por mútuo consentimento passou a poder desenvolver-se no tribunal em três hipóteses. A primeira quando, num processo de divórcio inicialmente

* Professora associada da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa – Porto.

Centro de Estudos e Investigação em Direito da Universidade Católica Portuguesa.

Participo, muito comovida, nesta homenagem ao meu Tio Bernardo, agradecendo-lhe a solicitude paternal e tanto da sua vida na minha.

¹ Por simplificação, a Lei n.º 61/2008 anuncia apenas a alteração do regime do divórcio, mas incluiu também modificações em preceitos respeitantes ao exercício das responsabilidades parentais no contexto do casamento, no âmbito da união de facto e sua dissolução, e ainda relativamente a filhos nascidos fora do casamento ou da união de facto. Com esta Lei foi sobretudo alterada a redação de numerosas disposições do Código Civil, mas também se introduziram modificações no Código de Processo Civil, no Código de Registo Civil, no Decreto-Lei n.º 272/2001, de 13 de outubro, e no Código Penal, tendo sido aditados ao Código Civil dois novos artigos, e revogados sete preceitos do Código Civil e dois do Código de Processo Civil.

contencioso, os cônjuges acabam por acordar na modalidade de mútuo consentimento, conforme o disposto no artigo 1779.º, n.º 2, do Código Civil (CC). Depois, na hipótese de o divórcio ser requerido por mútuo consentimento na Conservatória do Registo Civil, mas algum dos acordos ter sido rejeitado (artigo 1778.º do CC). Finalmente, quando os cônjuges coincidem na vontade de se divorciarem, mas não apresentam os “acordos complementares” respeitantes a alimentos, destino da casa de morada da família e regulação do exercício das responsabilidades parentais relativamente a filhos menores (artigo 1778.º-A, n.º 1, do CC).

As últimas hipóteses referidas constituem duas das mais relevantes alterações no regime do divórcio. Noutra ocasião, procedi já à sua apreciação preliminar e, tal como tinha antecipado, vieram a suscitar grandes dificuldades no plano processual². Na verdade, o divórcio é aqui “por mútuo consentimento” somente quanto à dissolução do casamento, pois existe “litígio” quanto aos aspetos em que os cônjuges não chegaram a um consenso. Nesta situação, o juiz apreciará os acordos eventualmente apresentados, convidando os cônjuges a alterá-los “se esses acordos não acautelarem os interesses de algum deles ou dos filhos” (artigo 1778.º-A, n.º 2, do CC). O juiz deverá, não apenas promover o acordo dos cônjuges, mas também tê-lo em conta na determinação das consequências do divórcio (artigo 1778.º-A, n.º 6, do CC)³. Se não for possível obter acordos que acautelem os interesses de algum dos cônjuges ou dos filhos (artigo 1778.º-A, n.º 2, do CC), “o juiz fixa as consequências do divórcio nas questões referidas no n.º 1 do artigo 1775.º [...] como se se tratasse de um divórcio sem o consentimento de um dos cônjuges” (artigo 1778.º-A, n.º 3, do CC).

Levantei algumas dúvidas quanto à interpretação destas normas. A primeira prendia-se com a identificação das consequências que o juiz teria de “fixar”, uma vez que a lei remete para as questões referidas no n.º 1 do artigo 1775.º, abrangendo assim também a alínea *a*) que

² Cfr. RITA LOBO XAVIER (2009), pp. 18 a 23. Para uma apreciação geral crítica das opções da reforma quanto a alguns aspetos, claramente marcadas do ponto de vista ideológico e alheias a qualquer estratégia de política familiar, cfr. pp. 3-8.

³ Na altura antevi que esta tarefa confiada ao juiz, na maior parte dos casos, não viria a ter condições para ser bem-sucedida, uma vez que, nesta hipótese, os cônjuges comparecem no tribunal porque não conseguiram chegar a acordo em algumas das consequências do divórcio, ou porque algum dos acordos obtidos não foi aprovado pelo Conservador do Registo Civil ou pelo Magistrado do Ministério Público (cfr. os artigos 1778.º-A, n.º 1, e 1778.º do CC) [RITA LOBO XAVIER (2009), p. 18].

diz respeito à apresentação de “relação especificada dos bens comuns, com indicação dos respectivos valores” ou “acordo sobre a partilha” ou “pedido de elaboração da mesma”. Na altura entendi como certo que os cônjuges não estão obrigados a apresentar um acordo quanto à partilha dos bens comuns, nem o tribunal deverá tomar a iniciativa de proceder à realização da partilha; no entanto, alertei para que a dissensão dos cônjuges se poderia reportar também à mera elaboração da relação de bens comuns e que o divórcio por mútuo consentimento não deveria ser decretado sem a apresentação da mesma⁴.

Suscitou-me alguma perplexidade a ordem de tarefas cometidas ao tribunal no caso do divórcio por mútuo consentimento (artigo 1778.º-A, n.ºs 2 e 3, do CC). Na verdade, não me parecia adequado que os acordos eventualmente apresentados pelos cônjuges pudessem ser apreciados independentemente das outras consequências do divórcio para as quais não foi possível obter consenso, antes se me afigurava deverem tais consequências ser apreciadas de forma “global e integrada”⁵.

Coloquei ainda a questão de saber se o n.º 6 do artigo 1778.º-A do CC, que impõe ao juiz o dever de promover e de tomar em conta o acordo dos cônjuges, embora inserido numa disposição que diz respeito ao procedimento do divórcio por mútuo consentimento judicial, não consagraria uma orientação de carácter geral, mesmo para o caso de “divórcio sem consentimento de um dos cônjuges”, e a resposta pareceu-me dever ser afirmativa. Na verdade, embora tal orientação não conste do atual artigo 1779.º do CC, ela resultava do artigo 1407.º, n.º 2, do Código de Processo Civil (CPC), hoje revogado⁶.

⁴ Enquanto o divórcio por mútuo consentimento foi um processo exclusivamente judicial, entendia-se que, sendo a relação de bens comuns um dos elementos que deviam instruir obrigatoriamente o requerimento de divórcio, no caso de faltar e de não ser suprida a omissão, dava lugar ao indeferimento liminar (designadamente, de acordo com os textos, na altura em vigor, dos artigos 1419.º, b), 1420.º e 477.º, n.º 1, do CPC). Com o regresso do divórcio por mútuo consentimento aos tribunais, nesta nova modalidade híbrida, que pode envolver “litígio” quanto a algumas das consequências do divórcio, não restam dúvidas de que a relação de bens comuns, apresentada pelos cônjuges ou, de algum modo, promovida pelo tribunal é condição do decretamento do divórcio.

⁵ Estas expressões são comuns na doutrina, que também fala de uma “coligação genética”, de “uma unidade”, de uma “dependência bilateral” entre os acordos complementares do divórcio [cfr., por todos, PEREIRA COELHO e GUILHERME DE OLIVEIRA, *Curso de Direito da Família* (2008), pp. 609 e 615].

⁶ Idêntica orientação decorre da correspondente norma do CPC atualmente em vigor (cfr. o artigo 931.º, n.º 2, do CPC de 2013).

No caso de o juiz não conseguir promover o acordo dos cônjuges relativamente a alguma das consequências do divórcio, havia alguma incerteza quanto aos trâmites a seguir ulteriormente. A Lei n.º 61/2008, de 31 de outubro, manteve o processo estabelecido no CPC para a “separação ou divórcio por mútuo consentimento”, que tinha sobrevivido durante o tempo em que esta modalidade foi da competência exclusiva das Conservatórias do Registo Civil, pois seria aplicável ao caso de o divórcio litigioso se converter em divórcio por mútuo consentimento, na tentativa de conciliação ou em qualquer altura do processo (artigo 1407.º, n.º 3, do CPC revogado). Contudo, tal procedimento não seria adequado para esta situação em que os cônjuges não apresentam os acordos ou algum dos acordos exigidos para que o divórcio possa ser decretado. Na verdade, toda a tramitação prevista pressupõe que os cônjuges apresentam todos os acordos legalmente exigidos para o decretamento do divórcio⁷. O Código Civil prevê que, naquela hipótese, o juiz deverá fixar as consequências do divórcio “como se se tratasse de um divórcio sem o consentimento do outro cônjuge” (art. 1778.º-A, n.º 3). O artigo 4.º da Lei n.º 61/2008, de 31 de outubro, procedeu à alteração do título do Capítulo XVII do CPC para “Do divórcio e separação sem consentimento do outro cônjuge”. Para esta modalidade de divórcio, existia um procedimento estabelecido nos artigos 1407.º e 1408.º do CPC⁸. Como então fiz notar, também este procedimento não se ajustava à nova modalidade de divórcio por mútuo consentimento em que não se tenham alcançado os acordos exigidos quanto às consequências do divórcio⁹. O juiz está perante um requerimento apresentado por ambos os cônjuges, solicitando o divórcio, mas não foram alegados quaisquer factos em que possa fundamentar as suas decisões quanto às consequências do divórcio, nem foi proposta prova para os mesmos. Ao contrário do que acontece no divórcio “sem consentimento de um dos cônjuges”, o juiz não pode aqui decretar o divórcio por mútuo consentimento sem fixar as consequências do mesmo relativamente às questões referidas. De acordo com o n.º 4 do artigo 1778.º-A do CC, o juiz “pode determinar

⁷ O processo de separação ou divórcio por mútuo consentimento consta hoje dos artigos 994.º a 999.º do CPC de 2013, que mantiveram, *grossa modo*, os textos normativos anteriores, continuando portanto, como demonstraremos adiante, a não se adequar a esta situação em que os cônjuges não apresentam todos acordos previstos na lei.

⁸ O processo de divórcio e separação sem consentimento do outro cônjuge consta hoje dos artigos 931.º e 932.º do CPC de 2013.

⁹ Cfr. RITA LOBO XAVIER (2009), p. 20.

a prática de atos e a produção da prova eventualmente necessária”. Na situação em que o juiz tivesse de fixar as consequências do divórcio, parecia-me evidente que não o poderia fazer sem que fossem alegados e provados factos que servissem de fundamento à sua decisão. Em meu entender, seria necessário que os cônjuges trouxessem ao processo tais factos e propusessem os respetivos meios de prova, para ser marcada uma audiência para a produção da mesma, tal como aconteceria no divórcio “sem consentimento do outro cônjuge”. Manifestei então a opinião de que o juiz deveria determinar a prática dos atos que melhor se ajustassem ao fim do processo, de acordo com o princípio da adequação formal previsto no artigo 265.º-A do CPC, hoje revogado¹⁰. Sugeri que o juiz deveria então, ouvidas as partes, estabelecer um prazo para os cônjuges apresentarem os factos que julgassem relevantes para a fixação das consequências do divórcio, tendo em conta: para a atribuição da casa de morada da família o disposto no artigo 1793.º do CC; para a fixação da pensão de alimentos, os artigos 2016.º e 2016.º-A do CC; e para a regulação das responsabilidades parentais, os artigos 1905.º e 1906.º do CC. Para obviar à incerteza e demora, poderia ser conveniente fixar-se um regime provisório quanto às questões em apreciação, nos termos do artigo 1407.º, n.º 7, do CPC¹¹.

Fiz ainda notar outras questões de índole processual igualmente duvidosas. No divórcio “sem consentimento do outro cônjuge”, cada uma das consequências do divórcio enunciadas continuou a ser tratada com autonomia relativamente à ação de divórcio. Quanto à atribuição da casa de morada da família, por exemplo, o artigo 1413.º, n.º 4, do CPC revogado, previa que o pedido fosse deduzido por apenso à ação de divórcio, mas nada impedia que o procedimento tivesse lugar após o trânsito em julgado da sentença de divórcio¹². Parecia assim que poderíamos vir a assistir a situações em que o processo de divórcio por mútuo consentimento judicial, iniciado com uma única peça processual – o requerimento conjunto dos cônjuges – se multiplicasse nas numero-

¹⁰ O *dever de adequação formal* está hoje consagrado no artigo 547.º do CPC de 2013, que corresponde, embora com alterações importantes, ao anterior artigo 265.º-A.

¹¹ Idêntica disposição consta hoje do n.º 7 do artigo 931.º do CPC de 2013.

¹² Em tal situação, o pedido deverá ser deduzido na Conservatória do Registo Civil, seguindo-se o procedimento tendente à formação do acordo das partes (artigo 5.º, n.º 1, b), do Decreto-Lei n.º 272/2001, de 13 de outubro).

sas peças processuais e audiências de julgamento mais próprias de um divórcio “sem o consentimento de um dos cônjuges”¹³.

Já referi também que, em meu entender, o juiz só poderá decretar o divórcio por mútuo consentimento depois de os cônjuges apresentarem uma relação especificada dos bens comuns. Na verdade, trata-se de um único documento, assinado por ambos os cônjuges¹⁴. No nosso sistema, o processo de divórcio por mútuo consentimento não inclui a liquidação do regime de bens e a divisão do património. A lei apenas exige que o requerimento do divórcio por mútuo consentimento seja acompanhado de uma relação especificada dos bens comuns, com indicação dos respetivos valores, prevendo-se a possibilidade de, no divórcio por mútuo consentimento administrativo, os cônjuges juntarem acordo sobre a partilha ou pedirem a elaboração do mesmo, se pretenderem proceder à partilha na Conservatória, verificados os pressupostos previstos no n.º 2 do artigo 272.º-A do Código do Registo Civil (CRC) (cfr. os artigos 1775.º, n.º 1, e 1778.º-A, do CC). Tive ocasião para lamentar que, neste ponto, a lei não tivesse acompanhado a maioria das legislações europeias, exigindo a própria partilha dos bens neste contexto, embora se compreenda a relutância em consagrar tal imposição que, porventura, contrariaria a intenção explicitada de facilitar e agilizar os procedimentos de rutura conjugal¹⁵. Têm sido suscitadas dúvidas sobre a questão de saber se o divórcio requerido unilateralmente em tribunal pode depois seguir os termos do divórcio por mútuo consentimento, mesmo sem a apresentação conjunta da relação especificada dos bens comuns, o que me parece ser de resolver pela negativa¹⁶.

¹³ Não esquecendo os procedimentos relativos às providências cautelares, especificados ou comum, mais habituais nestes litígios, como o do arrolamento dos bens comuns (artigo 409.º do CPC de 2013) ou a fixação de alimentos provisórios (artigos 384.º a 387.º do CPC de 2013).

¹⁴ Tenho consciência do facto de os cônjuges apresentarem declarações unilaterais relativas à sua discordância quanto à inclusão ou exclusão de determinados bens na relação de bens comuns, prática que muitas vezes é admitida, muito embora a lei se refira a um documento único que pressupõe o consenso de ambos.

¹⁵ Cfr. RITA LOBO XAVIER (2009), p. 16. Sobre a justificação da opção pela não exigência de um acordo sobre a divisão do património comum no contexto do divórcio por mútuo consentimento, cfr. GUILHERME DE OLIVEIRA (2010), pp. 8 e 9.

¹⁶ Sobre a relevância jurídica da relação especificada dos bens comuns, cfr. RITA LOBO XAVIER (2009). Ponderando a vantagem da abolição da exigência da apresentação da relação especificada dos bens comuns no contexto do divórcio por mútuo consentimento, atenta a sua modesta utilidade e a inviabilização do divórcio por mútuo consentimento

Todas estas questões se colocavam igualmente na hipótese de convalidação do processo de divórcio sem consentimento do outro cônjuge em divórcio por mútuo consentimento, uma vez que devem então seguir-se os termos do processo de divórcio por mútuo consentimento, com as necessárias adaptações (cfr. o artigo 1779.º, n.º 2, do CC).

1.2. Processo especial de divórcio sem consentimento de um dos cônjuges

A Lei n.º 61 /2008, de 31 de outubro, consagrou uma outra modalidade de divórcio a requerer no tribunal: a ação de “divórcio sem consentimento do outro cônjuge” (cfr. o artigo 1773.º, n.ºs 1 e 3, do CC). No processo especial correspondente, o juiz tentará sempre a conciliação dos cônjuges e, se esta não resultar, também se empenhará na convalidação do processo de divórcio sem consentimento do outro cônjuge em divórcio por mútuo consentimento (artigo 1779.º do CC), para o que será necessária a obtenção dos acordos exigidos para essa modalidade. O artigo 1407.º, n.ºs 1, 2 e 3, do anterior CPC referiam-se a este procedimento, e, não sendo possível a conciliação, nem o divórcio por mútuo consentimento, o processo deveria continuar nos termos dos artigos 1407.º, n.º 5, e 1408.º Como se viu atrás, nesta modalidade, a sentença que decretasse o divórcio era independente da fixação das consequências do mesmo, consequências que, como se disse, poderiam até ser fixadas por meio de processos autónomos (cfr. artigos 1413.º, do CC, e 174.º, da OTM), muito embora a lei referisse expressamente que o pedido de atribuição da casa de morada da família poderia ser deduzido por apenso à ação de divórcio (artigo 1413.º, n.º 4, do CPC revogado)¹⁷. Com efeito, a ação

que a discordância dos cônjuges sobre este aspeto pode implicar, cfr. GUILHERME DE OLIVEIRA (2010), p. 10.

¹⁷ A doutrina entendia que a questão do destino da casa de morada da família deveria ser resolvida no tribunal e no processo em que são discutidos “problemas conexos e relevantes para a ponderação daquela decisão”: o divórcio ou a regulação do exercício das responsabilidades parentais [SALTER CID (1996), p. 334, corroborado, em face da legislação processual ulterior, por PEREIRA COELHO e GUILHERME DE OLIVEIRA (2008), p. 688]. No entanto, SALTER CID fazia notar que, muito embora “a fixação do direito a alimentos requerida cumulativamente com o pedido de divórcio litigioso e, bem assim, a decisão sobre outros pedidos cumuláveis e efectivamente cumulados com este” devessem “ocorrer a um tempo” o certo é que “a decisão sobre o destino da casa de morada, mesmo quando a ‘atribuição’ foi pedida na pendência do processo de divórcio litigioso, pode ser proferida depois de este ter sido decretado, em virtude de a tramitação do respectivo

de divórcio tinha por objeto a dissolução do casamento, que seria decretada se se verificasse algum dos fundamentos previstos no artigo 1781.º (artigo 1773.º, n.º 3, do CC). No entanto, o pedido do divórcio poderia ser cumulado com a dedução de outros pedidos, como o de fixação do direito a alimentos ou de indemnização por danos nos termos do artigo 1792.º do CC para a hipótese de divórcio requerido com fundamento na causa prevista na alínea *b*) do artigo 1781.º¹⁸

2. O Código de Processo Civil de 2013 e o seu impacto nos processos judiciais de divórcio

2.1. Processo especial de jurisdição contenciosa e processo especial de jurisdição voluntária

Resulta do exposto que a reforma do regime do divórcio operada pela Lei n.º 61/2008, de 31 de outubro, introduziu no Código Civil algumas normas sobre aspetos processuais que, desde o início, se afiguraram de difícil compatibilização com as constantes dos processos de divórcio então previstos no CPC. Urgia assim promover a concretização da reforma estabelecendo os instrumentos processuais adequados.

Como já fui aludindo, foi entretanto aprovado um novo Código de Processo Civil que entrou em vigor em 1 de setembro de 2013. O CPC de 2013 manteve as duas soluções processuais anteriormente previstas para o divórcio judicial: o processo especial de divórcio e separação sem consentimento do outro cônjuge (artigos 931.º e 932.º); e o processo de separação ou divórcio por mútuo consentimento (artigos 994.º a 999.º). Estes dois processos especiais deveriam corresponder a cada uma das duas modalidades tão diferentes consagradas no Código Civil. No entanto, a ocasião não foi aproveitada e os textos legais aparecem praticamente

apenso assim o exigir” (nas transcrições manteve-se a grafia original). A questão da prestação de alimentos a ex-cônjuge e a do destino da casa de morada podem ser objeto de decisão judicial ulterior ao divórcio litigioso, tal como acontece com a regulação do exercício das responsabilidades parentais (SALTER CID, *Desentendimentos conjugais e divergências jurisprudenciais*, in *Lex Familiae*, Ano 4, n.º 8, p. 12).

¹⁸ Cfr. o artigo 470.º, n.º 2, do CPC revogado. Tal como acontecia no domínio da legislação anterior, atualmente pode ser deduzido o pedido de alimentos em cumulação com o pedido de divórcio (artigo 555.º, n.º 2, do CPC de 2013) ou como medida requerida como providência cautelar de alimentos provisórios. A ação de alimentos definitivos entre ex-cônjuges, quando proposta autonomamente, segue a forma do processo declaratório comum.

idênticos aos do Código revogado. Com efeito, a única modificação consiste na eliminação dos vários números da segunda das duas disposições dedicadas ao divórcio sem consentimento, o que se explica pela necessidade de harmonização com as alterações introduzidas no processo declaratório comum.

O CPC de 2013 manteve a arrumação tradicional dos processos especiais segundo duas categorias: processos de jurisdição contenciosa e processos de jurisdição voluntária¹⁹. Seguindo um confronto já clássico, estas duas categorias distinguem-se quanto à posição das partes, quanto à atividade de composição exercida pelo juiz e quanto aos critérios que presidem a esta atividade²⁰. No que respeita à posição das partes, os processos de jurisdição voluntária visam a prossecução de interesses não organizados em conflito. Assim, a jurisdição voluntária desenvolve-se *inter volentes*, e a atividade de composição neste contexto implica o exercício de uma atividade substancialmente administrativa; a jurisdição contenciosa realiza-se *inter invitos*, e a jurisdição contenciosa é uma atividade verdadeiramente jurisdicional. As diferenças respeitantes à natureza da atividade compositiva do juiz correspondem diferenças relevantes no que se refere aos critérios de julgamento, aos poderes do juiz, à alteração e recorribilidade das decisões²¹.

A previsão de processos especiais ao lado de um processo comum (cfr. o artigo 546.º do CPC de 2013) justifica-se pela conveniência de a forma processual ser ajustada ao objeto do processo, isto é, ao direito que se pretende fazer reconhecer em juízo: atenta a natureza do direito ou direitos em causa é inadequada a tramitação do processo comum²².

¹⁹ Cfr. ALBERTO DOS REIS (1956), pp. 397 a 403.

²⁰ Cfr. LEBRE DE FREITAS, *Introdução...* (2013), pp. 61-64. A distinção traduz sobretudo o facto de os processos de jurisdição voluntária não terem na base um conflito de interesses, pelo que, em rigor, o processo não concretiza o exercício do direito de ação e o tribunal exerce uma atividade administrativa e não jurisdicional [LEBRE DE FREITAS, *A ação declarativa...* (2013), p. 69]. Assim, os processos de jurisdição voluntária situam-se fora do âmbito do processo civil, uma vez que o conflito de interesses constitui a sua base (LEBRE DE FREITAS, *Introdução*, pp. 61- 64). No entanto, alguns processos classificados pelo CPC como de jurisdição voluntária são rigorosamente de jurisdição contenciosa e a inversa também é verdadeira [LEBRE DE FREITAS, *A ação...* (2013), p. 69; *Introdução...*, p. 62, nota 20].

²¹ Estas notas caracterizadoras encontram-se claramente nas disposições gerais dos processos de jurisdição voluntária (artigos 986.º, 987.º e 988.º do CPC 2013).

²² É em face da pretensão de tutela jurisdicional deduzida pelo autor que se deve apreciar a propriedade da forma processual usada [ANTUNES VARELA *et alii* (1985), p. 69].

A primeira questão que se levanta perante os processos especiais de divórcio previstos no CPC de 2013 é a de compreender a necessidade um processo especial de jurisdição contenciosa, tendo em conta a tendência atual no sentido da diminuição do elenco dos processos especiais e a consagração de uma forma única de processo declaratório comum, combinada com o dever de adequação formal e o reforço do princípio inquisitório (em sentido estrito, isto é, no âmbito da instrução)²³. A esta luz haverá mesmo a tentação de considerar que tal forma especial não se justifica.

No que diz respeito ao divórcio por mútuo consentimento judicial, a interrogação fundamental que se coloca é a da necessidade de submeter à atividade compositiva dos tribunais uma modalidade de divórcio em que ambos os cônjuges quiserem a dissolução do casamento e que a própria lei qualifica como de jurisdição voluntária, ou seja, em que a atividade solicitada tem natureza materialmente administrativa.

Em qualquer das duas modalidades, surge a questão do enquadramento processual adequado à fixação de alguma das consequências do divórcio, bem como a da articulação dos processos judiciais com a atividade de composição dos litígios realizada através da mediação familiar, em face da previsão, em termos gerais, da possibilidade de o juiz “determinar” a suspensão da instância e remeter as partes para mediação (cfr. os artigos 272.º e 273.º do CPC).

Por último, pode questionar-se a distinção rígida entre as medidas “provisórias” decretadas pelo juiz quanto às consequências do divórcio, isto é, as que se destinam a vigorar apenas durante pendência do processo, e as medidas “definitivas”, ou seja, aquelas que regularão as consequências do divórcio após o seu decretamento. Com efeito, uma das novidades do CPC de 2013 traduziu-se na quebra do princípio da dependência entre o procedimento cautelar e ação principal, pela possi-

A definição dos atos da sequência processual de uma determinada forma processual é feita pela lei, embora o juiz deva fazer as adaptações que as especificidades da causa aconselhem, de acordo com o dever de adequação formal já mencionado. As formas de processo especiais são sequências ordenadas de atos especificamente predispostos para fazer valer uma determinada pretensão [LEBRE DE FREITAS, *A ação declarativa...* (2013), p. 18].

²³ Cfr. os artigos 547.º e 411.º do CPC de 2013; cfr. LEBRE DE FREITAS, *A ação declarativa...* (2013), pp. 20 a 23, *Introdução...* (2013), pp. 229 e 176. Cfr. ainda, sobre as dificuldades inerentes à concretização do dever de adequação e à sua compatibilização com o princípio da legalidade das formas processuais, MARIA JOSÉ CAPELO (2012).

bilidade de o juiz dispensar o requerente do ônus da propositura da ação principal no âmbito de algumas providências cautelares, desde que tenha alcançado uma convicção segura acerca do direito acautelado, ainda que no contexto de uma tramitação célere e simplificada, e a medida “provisória” se possa consolidar como composição definitiva do litígio (cfr. os artigos 369.º e 371.º do CPC)²⁴.

2.2. Processo especial de divórcio sem consentimento de um dos cônjuges

O Código de Processo Civil de 2013 continua a dedicar duas disposições à ação de divórcio: os artigos 931.º e 932.º O texto do artigo 931.º corresponde *ipsis verbis* ao texto do artigo 1407.º do Código revogado, mantendo-se idêntica a tramitação prevista para a fase inicial do processo²⁵. Apresentada a petição, segue-se a marcação da data para a realização de uma tentativa de conciliação (cfr. igualmente o n.º 1 do artigo 1779.º do CC). Nessa ocasião, não sendo possível a conciliação, seguir-se-á a tentativa de convalidação em divórcio por mútuo consentimento “verificando-se os necessários pressupostos” (cfr. os artigos 931.º, n.ºs 2 e 3, do CPC, e 1779.º, n.º 2, do CC). Estabelecido o acordo dos cônjuges para o divórcio por mútuo consentimento, seguem-se no próprio processo, com as necessárias adaptações, os termos do processo de divórcio por mútuo consentimento (artigos 931.º, n.º 4, do CPC, e 1779.º, n.º 2, do CC). Prosseguindo o processo, como processo contencioso, é entregue ao réu o duplicado da petição inicial e este é notificado para contestar no prazo de 30 dias (n.º 5). Nesta hipótese, ainda que a fixação das consequências do divórcio não faça parte do objeto do processo, o juiz deve procurar obter acordos quanto aos alimentos, quanto à regulação do exercício das responsabilidades parentais dos filhos, e quanto à utilização da casa de morada da família (n.º 2).

No que se refere ao artigo 932.º, relativo à tramitação subsequente à contestação ou na falta de contestação, o texto atual é diferente do anterior texto do artigo 1408.º do CPC. Este último estabelecia que,

²⁴ Sobre o regime da inversão do contencioso, mais aprofundadamente, cfr. MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA (2013); RITA LOBO XAVIER *et alii* (2014), pp. 61 e ss.

²⁵ O artigo 1407.º previa, para a hipótese de as tentativas de conciliação ou de conversão em divórcio por mútuo consentimento não terem tido êxito, que o réu fosse notificado para contestar no prazo de 30 dias, sendo-lhe entregue o duplicado da petição inicial (n.º 5).

havendo contestação, o processo seguiria nos termos do processo ordinário; não havendo contestação, o autor seria notificado para, em 10 dias, apresentar o rol de testemunhas, sendo designada a data da audiência final. Presentemente, o artigo 932.º prevê apenas que “*Decorrido o prazo para a apresentação da contestação seguem-se os termos do processo comum*”. O atual laconismo da norma explica-se pelas modificações introduzidas nas formas do processo declaratório, nomeadamente pela consagração de uma forma única para o processo comum (artigo 548.º). Note-se que mesmo esta remissão é desnecessária em face da norma do n.º 1 do artigo 549.º do CPC, que indica as disposições reguladoras dos processos especiais: para além das disposições que lhes são próprias e das disposições gerais e comuns, observar-se-á o que se achar estabelecido para o processo comum. O processo de divórcio sofreu ainda o impacto do novo CPC no que se refere à tramitação do processo comum e ao poder-dever de adequação formal consagrado no artigo 547.º, que parece ser de exercer também no âmbito dos processos especiais. A adequação da forma comum no contexto do processo de divórcio não pode perder de vista o disposto nos n.ºs 2 e 7 do artigo 931.º Assim, o juiz deverá adotar uma atitude favorável à promoção de acordos e, em qualquer altura do processo, por iniciativa própria ou a requerimento de alguma das partes, poderá fixar um regime provisório quanto a alimentos, quanto à regulação das responsabilidades parentais dos filhos, alimentos e quanto à utilização da casa de morada da família. Quanto a este ponto, convém recordar que em todas as modalidades de divórcio o Código Civil impõe a obrigação de fornecimento de informações sobre a existência e os objetivos dos serviços de mediação familiar, como forma de promover as soluções acordadas (artigo 1774.º do CC). Na hipótese de as partes, num processo de divórcio judicial optarem pela mediação familiar, a sua decisão implicará a suspensão da instância. E, no caso de o resultado da mediação ter sido a obtenção de acordos, estes terão de ser encaminhados para o tribunal, mantendo o juiz os poderes de supervisão dos acordos alcançados e de eventual recusa de homologação²⁶.

Existe sempre a possibilidade de o réu apresentar reconvenção numa ação de divórcio, o que terá um interesse evidente no caso previsto no artigo 1795.º do CC, quando pretender deduzir um pedido de separação

²⁶ Com efeito, o juiz pode convidar os cônjuges a alterar os acordos alcançados e até rejeitar os mesmos se estes “não acautelarem os interesses de algum deles ou dos filhos (artigo 1778.º-A, n.º 2).

de pessoas e bens. A dedução de um pedido contra o autor também poderá ser relevante no caso de o réu não querer apenas impugnar ou excepcionar os factos alegados pelo autor como causa de pedir da ação, mas pretender invocar uma outra causa de divórcio; ou se o réu pretender deduzir um pedido de reparação de danos nos termos do artigo 1792.º, n.º 2, do CC, na hipótese de ter sido invocada, como causa de divórcio ou de separação, a alteração das faculdades mentais do outro cônjuge [artigo 1781.º, c), do CC]; ou se pretender deduzir um pedido de alimentos contra o autor; ou se quiser alegar e provar factos que sejam importantes para efeitos de uma ulterior ação de responsabilidade civil; ou se tiver interesse em alegar e provar a data do início da separação de facto com a finalidade de obter a retrotração dos efeitos patrimoniais do divórcio nas relações internas entre os ex-cônjuges (artigo 1789.º, n.º 2, do CC).

No que respeita à sequência de atos nas ações contestadas, uma vez que já teve lugar uma tentativa de conciliação poderia entender-se a marcação da audiência prévia a que se refere o artigo 591.º como dispensável, nos termos do artigo 593.º, n.º 1. Claro que a audiência prévia poderá ter interesse na hipótese de estar em causa o debate sobre exceções dilatórias [artigo 591.º, a)] ou a delimitação dos termos do litígio [artigo 591.º, b)]. A audiência prévia também poderá possibilitar a discussão no âmbito de uma decisão acerca de eventuais medidas provisórias sobre algumas consequências do divórcio.

Se não tiver lugar a audiência prévia²⁷, o juiz deverá proferir, nos 20 dias subsequentes ao termo dos articulados, os quatro despachos referidos no artigo 593.º, n.º 2, se a eles houver lugar: o despacho saneador (artigo 595.º); o despacho que determina a adequação formal (artigos 6.º, n.º 1, e 547.º) ou medidas de agilização e simplificação (artigo 6.º, n.º 1); o despacho de identificação do objeto do litígio e de enunciação dos temas da prova (artigo 596.º, n.º 1), que se traduzirá na identificação e verificação da causa de divórcio; e o despacho de programação [artigo 593.º, n.º 1, d)].

Como já referi, no CPC de 2013 foram eliminados os textos correspondentes aos n.ºs 2-5 do artigo 1408.º que se referiam ao esquema processual simplificado previsto para o caso de falta de contestação, devendo nessa hipótese o autor ser notificado para em 10 dias apresentar o rol de testemunhas. Compreende-se a eliminação da referência à apresentação

²⁷ Se tiver sido convocada audiência prévia, estes despachos serão preferidos, se for o caso, nesse contexto [cfr. o artigo 591.º, n.º 1, d), e), f), g), do CPC].

do rol de testemunhas, uma vez que, nos termos gerais atualmente em vigor, ele já terá sido apresentado com a petição inicial (cfr. os artigos 552.º, n.º 2, e 598.º, n.º 1, do CPC)²⁸. No que diz respeito à tramitação subsequente nas ações de divórcio não contestadas²⁹, nos termos do artigo 568.º, *c*), do CPC, a falta de contestação do réu, tendo sido ou devendo considerar-se regularmente citado, não faz operar os efeitos da revelia, uma vez que a vontade das partes é “ineficaz para produzir o efeito jurídico que pela ação se pretende obter”; neste caso, como é óbvio, não se realiza a audiência prévia [artigo 592.º, n.º 1, *a*)], devendo o juiz proferir, nos 20 dias subsequentes ao termo dos articulados, os quatro despachos referidos no artigo 593.º, n.º 2, se a eles houver lugar.

Por último, no que se refere às medidas provisórias eventualmente decretadas pelo juiz nos termos do artigo 931.º, n.º 7, tem sido entendimento comum que estas apenas se mantêm durante a pendência da ação, caducando quando transitar em julgado a decisão que decreta o divórcio ou julgue improcedente a ação. Nessa altura, os cônjuges ou ex-cônjuges deverão recorrer aos meios processuais adequados para a resolução definitiva dessas questões³⁰. As razões aduzidas para justificar este entendimento prendem-se com a classificação destas providências cautelares como “especiais” em atenção à tramitação seguida e aos critérios orientadores das decisões. Na verdade, quando as medidas fixadas tiverem tido origem na iniciativa do juiz, o procedimento será de qualificar como de jurisdição voluntária, e a decisão proferida ter-se-á orientado segundo critérios de oportunidade e conveniência (cfr. os artigos 986.º a 988.º do CPC). Por outro lado, ter-se-á seguido a tramitação prevista para os incidentes da instância (cfr. os artigos 292.º a 295.º do CPC), uma tramitação mais simplificada e célere do que a que seria seguida no contexto do decretamento de medidas definitivas. Estas afirmações parecem ser suportadas pela convicção de que a uma tramitação mais simplificada e célere corresponderão menores garantias no que diz respeito aos direitos das partes envolvidas e maior distancia-

²⁸ No divórcio sem consentimento de um dos cônjuges dever-se-ia acentuar o facto de, em rigor, a ação só dever ter início, em rigor, depois de frustrada a tentativa de conciliação e a de convalidação em divórcio por mútuo consentimento, pelo que, na minha opinião, seria preferível que a prova só fosse apresentada depois desse momento.

²⁹ Esta poderá ser a situação desde logo quando a causa de divórcio for a ausência do outro cônjuge, sem que do ausente haja notícias, por período não inferior a um ano [artigo 1781.º, *c*), do CC].

³⁰ Cfr. TOMÉ D’ALMEIDA RAMIÃO (2011), pp. 83 e 84.

mento relativamente ao ideal de um processo equitativo. Tal convicção parece não ter fundamento, sobretudo em face do paradigma que sustenta o CPC de 2013 e que supõe que a atividade de composição dos litígios para ser justa deve ser célere e eficaz³¹. Além disso, as diferenças entre o processo incidental e o processo principal, no que diz respeito ao momento de indicação das provas, ao limite do número de testemunhas, ao prazo para deduzir oposição e ao momento da prolação da sentença estão hoje muito atenuadas³². Finalmente, recorro ao novo regime da inversão do contencioso previsto para a tutela cautelar, atrás referido. Este regime permite, como se viu, que a providência decretada se possa consolidar como composição definitiva do litígio, quebrando-se assim a regra da instrumentalidade e provisoriedade das providências cautelares (artigos 369.º, n.º 1, e 371.º, n.º 1, do CPC). Este regime supõe que o juiz possa alcançar uma convicção segura acerca do direito acautelado ainda que no contexto de uma tramitação célere e simplificada. Para além dos outros pressupostos exigidos, o juiz apenas pode tomar esta decisão se a providência decretada for adequada a realizar a composição definitiva do litígio.

2.3. Processo especial de divórcio por mútuo consentimento

Como se viu, apesar de a Lei n.º 61/2008, de 31 de outubro, ter criado uma modalidade nova de divórcio por mútuo consentimento no tribunal, nada foi alterado na lei processual.

Da conjugação do artigo 1775.º-A do CC e do artigo 994.º do CPC resulta que o requerimento de divórcio é assinado por ambos os cônjuges e apresentado no tribunal juntamente com a certidão narrativa completa do registo de casamento, certidão da convenção antenupcial e do seu registo se os houver, relação especificada dos bens comuns com indicação dos respetivos valores, se os houver; se os cônjuges tiverem

³¹ Cfr. a Exposição de Motivos da Proposta de Lei n.º 113/XII, que esteve na origem do processo legislativo conducente à Lei n.º 41/2013, de 26 de junho, que aprovou o Código de Processo Civil. Cfr. sobretudo o artigo 6.º, n.º 1.

³² A sequência de atos abstratamente prevista para o processo principal ainda poderá ser simplificada e/ou agilizada em virtude do exercício do dever de adequação formal, como foi referido. Note-se que, para a conceção prevalecente no sistema português, os incidentes caracterizam-se por estar em causa uma questão acessória ou complementar em relação à que é objeto da ação e para a qual se desenvolve um processo diverso, apropriado em atenção ao seu objeto, concretamente no sentido de maior simplicidade e agilidade (cfr. ALBERTO DOS REIS (1946) p. 563; SALVADOR DA COSTA (2014) p. 10.

alcançado algum dos acordos previstos no n.º 1 do artigo 1775.º do CC deverão também apresentá-lo.

O juiz deverá convocar uma conferência destinada a verificar o preenchimento dos pressupostos legais e a apreciar os acordos eventualmente obtidos, convidando os cônjuges a alterá-los se esses acordos não acautelarem os interesses de algum deles ou dos filhos³³.

No sistema consagrado na lei portuguesa, na modalidade do divórcio por mútuo consentimento é obrigatória a regulação de algumas das consequências do divórcio³⁴. No processo judicial de divórcio por mútuo consentimento, existe desde o início um requerimento conjunto dos cônjuges pedindo o decretamento do divórcio, mas não é obrigatória a apresentação de propostas ou acordos quanto às consequências do divórcio. No entanto, a sentença não terá apenas o efeito de dissolver o casamento, também homologará os eventuais acordos, e fixará as consequências do divórcio em relação às quais os cônjuges não chegaram a acordo³⁵.

Aceite o princípio do direito ao divórcio, e estando de acordo os cônjuges quanto à dissolução do casamento qual a razão de impor a intervenção do tribunal para decretar o divórcio? Em regra, para a obtenção do divórcio por mútuo consentimento não é suficiente a vontade comum dos cônjuges, sendo também exigido que estejam de acordo quanto a algumas das suas consequências. Nesta modalidade judicial, na ausência de acordo deverá ser o tribunal a fixá-las³⁶.

³³ Isto é o que parece resultar da articulação dos artigos 995.º e 996.º do CPC e 1776.º e 1778.º-A do CC. Na verdade, o n.º 1 do artigo 998.º do CPC e o artigo 996.º remetem para o artigo 1776.º do CC que diz respeito à conferência convocada pelo Conservador do Registo Civil; o sentido da conferência convocada pelo tribunal é esclarecido pelo artigo 1778.º-A, n.ºs 1 e 2, do CC.

³⁴ Esta exigência de apresentação de propostas conjuntas sobre a regulação de determinadas consequências do divórcio é comum nos ordenamentos jurídicos próximos do nosso, refira-se, por exemplo, o “*convenio regulador de divorcio*” na lei espanhola e a “*convention réglant les conséquences du divorce*” no *Code Civil*.

³⁵ RITA LOBO XAVIER (2009), p. 18. O divórcio só pode ser decretado depois de decididas as questões sobre as quais os cônjuges não apresentaram acordo. No mesmo sentido, cfr. igualmente CRISTINA DIAS (2009), p. 34. Esta é também a opinião de TOMÉ D’ALMEIDA RAMIÃO (2011) que chama a atenção para a letra do artigo 1778.º, n.º 5: “o divórcio é decretado em seguida” (pp. 64 e 65 e 83-84).

³⁶ O divórcio por mútuo consentimento não assenta totalmente na vontade dos cônjuges, uma vez que fica condicionado à homologação dos acordos [cfr. PEREIRA COELHO e GUILHERME DE OLIVEIRA (2008), p. 602, nota 26, em termos que não são afetados pelas alterações legislativas entretanto ocorridas]. Sobre a natureza jurídica do divórcio por mútuo consentimento, ponderando a importância do acordo quanto ao divórcio e da

A atividade do tribunal não tem de incidir sobre o decretamento do divórcio, uma vez que ambos os cônjuges o requerem, devendo centrar-se nas suas consequências. A razão subjacente à submissão destes casos aos tribunais estará assim na consideração de que, na falta de acordo quanto às consequências do divórcio, elas terão de ser fixadas por imposição autoritária, sendo necessária uma cuidadosa ponderação dos interesses em jogo, que o juiz estará em melhores condições de assegurar que uma entidade administrativa. É assim indispensável a previsão de uma tramitação adequada a esta finalidade, dando cumprimento às disposições dos n.ºs 3-6 do artigo 1778.º-A do CC, sendo insuficientes as indicações constantes do artigo 996.º do CPC. O desenho de tal tramitação dependerá de uma reflexão sobre a concreta atividade solicitada ao juiz, nomeadamente sobre a questão de saber se pode reconduzir-se ou não a uma atividade verdadeiramente jurisdicional. De qualquer modo, parece certo que, nesta modalidade, a fixação das consequências do divórcio é pressuposto do decretamento do mesmo³⁷.

Esta modalidade de processo em que existe a aceitação da rutura por parte dos cônjuges prosseguindo o processo para a fixação das consequências do divórcio existe em alguns ordenamentos jurídicos próximos do nosso, correspondendo, por exemplo, ao “*divorce accepté*” do *Code Civil*. Neste caso, o processo inicia-se através de um pedido conjunto ou de um requerimento unilateral, mas, neste última hipótese, os cônjuges podem aceitar o princípio da rutura na audiência de conciliação e, muito embora o divórcio não seja pronunciado imediatamente, a sua causa fica adquirida. De seguida, nessa mesma audiência, o juiz poderá sugerir a mediação, mas também poderá estabelecer medidas provisórias, tendo em consideração eventuais acordos entre os cônjuges, sobre a casa de morada, efeitos patrimoniais de administração do património, filhos etc., para a sua vida e a dos filhos até à data do julgamento³⁸.

homologação dos acordos e rejeitando quer uma conceção puramente privatista do divórcio resultando fundamentalmente da vontade dos cônjuges, uma vez que a homologação dos acordos não é apenas acidental, quer uma conceção publicista, cfr. PEREIRA COELHO e GUILHERME DE OLIVEIRA (2008), pp. 613- 615; cfr. ainda FRANÇA PITÃO (1986), p. 29, que pondera as razões para uma intervenção judicial no divórcio por mútuo consentimento no âmbito de anteriores versões da modalidade.

³⁷ Cfr. RITA LOBO XAVIER (2009), p. 20. Igualmente, neste sentido, ANTÓNIO FIALHO (2010), pp. 133 e 137.

³⁸ Qualquer um dos cônjuges pode fazer prosseguir o processo devendo incluir uma proposta de regulação sobre as consequências patrimoniais do divórcio (cfr. artigos 257 – 1 e 257 – 2).

Não estando prevista a sequência de atos a seguir pelo juiz, a questão que se coloca é a de saber se deve ser seguida a tramitação estabelecida para cada uma das diferentes consequências de divórcio para os casos em que o respetivo pedido é deduzido com autonomia, bem como os correspondentes critérios orientadores da decisão; ou se deve seguir-se a tramitação prevista em geral para os incidentes da instância nos artigos 292.º a 296.º do CPC³⁹. Na ausência de uma tramitação adequada a esse fim, cada juiz tem procedido à adaptação da sequência processual às especificidades de cada causa, tendo em conta os pedidos deduzidos. Afigura-se então como muito importante o exercício do dever de adequação formal nestes processos. Na verdade, o artigo 547.º do CPC permite que o juiz determine a realização de atos processuais ou proceda à eliminação de atos da sequência prevista para o processo comum, desde que sejam ouvidas as partes e realizado o fim em vista do qual foi consagrado tal dever⁴⁰.

2.4. Convoção do processo de divórcio sem consentimento de um dos cônjuges em divórcio por mútuo consentimento

A ausência de tramitação adequada verifica-se igualmente e talvez de forma agravada no caso da convoção do processo de divórcio sem consentimento de um dos cônjuges em divórcio por mútuo consentimento⁴¹.

Nesta situação, como vimos, existem duas remissões aparentemente contraditórias: o n.º 2 do artigo 1779.º do CC manda seguir: “*os termos do processo de divórcio por mútuo consentimento, com as necessárias adaptações*”; o artigo 1778.º-A, n.º 3, do CC impõe ao tribunal a fixação

³⁹ Sobre esta questão, cfr. TOMÉ RAMIÃO (2011), pp. 60-62; ANTÓNIO FIALHO (2010), p. 132, nota 27. Na opinião deste último autor, a lei atribui ao juiz o poder-dever de determinar quais os atos processuais necessários à fixação das consequências do divórcio como se tratasse de “uma espécie de questão incidental”, exigindo uma “decisão incidental autónoma” destas questões no próprio processo, “não se tornando necessária” a instauração de uma ação autónoma” (pp. 132 e 133). Admite, porém, que possa ser proposta uma ação autónoma e, nessa hipótese, a ação de divórcio deve suspender-se até ser decidida a ação autónoma.

⁴⁰ Em princípio, a sequência processual prevista na lei deve ser tida como a que melhor permite a realização da função do processo. Sobre o dever de adequação formal, cfr. LEBRE DE FREITAS, *Introdução...* (2013), pp. 228 a 231; RUI PINTO (2014), pp. 329 a 331; RAMOS FARIA (2013), pp. 416 a 424; XAVIER *et alii* (2014), pp. 138-139.

⁴¹ Sobre a convoção do divórcio litigioso em divórcio por mútuo consentimento no âmbito da legislação anterior, cfr. PEREIRA COELHO e GUILHERME DE OLIVEIRA (2008), p. 610.

das consequências do divórcio sobre as quais os cônjuges não tenham chegado a acordo “*como se se tratasse de um divórcio sem consentimento de um dos cônjuges*”. Como vimos, a doutrina e a jurisprudência têm-se empenhado em tentar dar um sentido útil ao texto desta última norma.

A convalidação é sugerida como preferencial, uma vez que a lei prevê que o juiz a promove. Em conformidade, deveria ser facilitada pela simplificação, trazendo alguma vantagem para os cônjuges⁴². Não seria coerente com este objetivo obrigar as partes a instaurar processos autônomos sobre as consequências do divórcio sobre que não há acordo. Perante a lei atual, na maior parte dos casos, os cônjuges não têm qualquer interesse em optar pela convalidação do processo. Pelo contrário, existem relatos de cônjuges que, estando de acordo quanto ao divórcio, optam por iniciar um divórcio contencioso por ser mais célere e não depender da regulação das consequências do divórcio. Casos há também em que os cônjuges optam pelo divórcio contencioso porque apenas nessa modalidade é possível fixar a data da separação de facto e fazer retrotrair os efeitos patrimoniais do divórcio, nas relações entre os cônjuges, a essa data.

2.5. Oportunidade perdida para a reforma dos processos judiciais de divórcio no Código de Processo Civil de 2013

De tudo o que venho de expor, resulta, na minha opinião, que se justifica plenamente a consagração de dois processos especiais de divórcio, tendo em conta as diferenças inerentes às duas modalidades previstas no Código Civil. A elaboração do novo CPC deveria ter sido aproveitada para aperfeiçoar a respetiva tramitação.

Em ambas as modalidades trata-se de permitir o exercício do mesmo direito, o direito de obter o divórcio, apenas diferindo a posição dos cônjuges – acordo ou desacordo – em relação a tal exercício. Justifica-se a previsão de um processo de natureza contenciosa para os casos em que apenas um dos cônjuges requer o divórcio contra a vontade do outro. Nesse processo estará em causa a pretensão relativa à verificação do fundamento do divórcio, será esse o objeto do processo, pelo que a lei não prevê a regulação das consequências do divórcio. Quando os cônjuges estão de acordo quanto ao divórcio, o processo deve ser diferente porque

⁴² O favorecimento da convalidação neste caso residirá em não se exigir o início de um novo processo, aproveitando-se os atos já praticados.

não se destina à resolução de um litígio sobre a verificação de uma causa de divórcio mas à fixação das consequências do mesmo.

Na minha opinião, nos casos em que o processo continua com o objeto de verificação da causa de divórcio, deveria também fazer parte do processo serem decretadas medidas provisórias; decretado o divórcio consolidar-se-iam como “definitivas” a menos que tenha havido oposição/impugnação e serão sempre alteráveis. Eventualmente poderia consagrar-se uma solução semelhante à prevista no contexto do divórcio por mútuo consentimento em que, caso outra coisa não resulte dos documentos apresentados, se entende que os acordos se destinam tanto ao período da pendência do processo como ao período posterior (artigo 994.º, n.º 2). Nesta ordem de ideias, também no divórcio contencioso o autor deveria apresentar uma proposta para regular as consequências do divórcio, não se compreendendo que os ex-cônjuges saiam do tribunal sem que estas consequências estejam fixadas.

Sendo cometida ao juiz a tarefa de promover a conciliação e a convalidação do processo sem consentimento de um dos cônjuges em processo por mútuo consentimento, seria conveniente que fosse reforçada a ideia de que a causa apenas se iniciará, em rigor, depois de frustrada a tentativa de conciliação e de convalidação. Se tal ocorrer, deixa de estar em causa a pretensão relativa à verificação do fundamento do divórcio, já que ambos manifestam a pretensão de se divorciar. O processo prosseguirá então com outro objeto, centrando-se nas questões em que realmente existe conflito.

3. Soluções jurisprudenciais relativas às questões suscitadas no âmbito da convalidação do divórcio sem consentimento de um dos cônjuges em divórcio por mútuo consentimento

A aplicação da modalidade de divórcio por mútuo consentimento judicial tem suscitado dificuldades sobretudo no que diz respeito à convalidação do processo de divórcio sem consentimento do outro cônjuge. Irei agora exemplificar estas dificuldades com Acórdãos proferidos nos diferentes Tribunais da Relação. Em todos os casos que vou referir, foi intentada inicialmente uma ação de divórcio sem consentimento de um dos cônjuges e, tendo o respetivo juiz verificado que ambos os cônjuges estavam de acordo quanto ao divórcio, o processo foi convalidado em divórcio por mútuo consentimento.

Começarei por referir o Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 10-11-2010 (processo n.º 1069/08.5TMSTB.E1)⁴³. Neste caso, não havia consenso entre os cônjuges quanto à prestação de alimentos, à relação especificada dos bens comuns e à “atribuição” da casa de morada da família. O juiz ordenou a notificação das partes para apresentarem alegações e produzirem prova quanto à fixação das consequências do divórcio, nos termos do artigo 1778.º-A, n.º 4, *ex vi* do artigo 1779.º, n.º 2, do CC. Tendo sido marcada uma audiência, os cônjuges chegaram a acordo relativamente à prestação de alimentos e à relação de bens comuns, mas não quanto à questão da casa de morada da família. De seguida, foi lavrada sentença em que foi decretado o divórcio entre o autor e a ré, foram homologados os acordos obtidos nos autos e, quanto à questão da casa de morada da família, foi julgado procedente o pedido da ré, tendo-lhe sido atribuído o direito de utilização da mesma, com a condição de “suportar, no período em que a habitar, o pagamento do respetivo IMI, além de todos os consumos domésticos (eletricidade, água e gás)”. O autor recorreu, sustentando a nulidade da sentença, uma vez que, como os cônjuges não tinham chegado a acordo quanto ao direito de permanecer na casa de morada da família, o juiz deveria ter seguido a tramitação prevista no CPC para o processo de jurisdição voluntária correndo o mesmo por apenso ao processo de divórcio (cfr. o artigo 1413.º do CPC na altura vigente).

O Tribunal da Relação começou por afirmar que a lei concebeu uma modalidade de divórcio por mútuo consentimento judicial em que haja acordo dos cônjuges quanto à dissolução do casamento, mas não quanto às consequências do divórcio referidas no artigo 1775.º, n.º 1, do CC, cabendo ao tribunal, nesse caso, fixar tais consequências. Para tanto, o tribunal da 1.ª instância teria de seguir a tramitação processual própria da resolução da questão da atribuição da casa de morada da família no contexto de uma ação de divórcio contencioso, o que implicava, como estabelecia o art. 1413.º, n.º 4, do CPC revogado, a dedução do pedido por apenso à ação de divórcio e a sua tramitação nos termos dos demais números dessa disposição legal (e ainda o cumprimento das disposições aplicáveis do regime geral dos processos de jurisdição voluntária, concretamente quanto aos poderes conferidos pelo artigo 1778.º-A, n.º 4, do CC). No Acórdão,

⁴³ Este Acórdão, que foi publicado na *Coletânea de Jurisprudência*, Tomo V, pp. 253 e seguintes, é referido pelos acórdãos que se mencionam a seguir no texto e foi anotado por ANTÓNIO FIALHO (2010).

recorda-se que no domínio da legislação anterior era entendimento comum da jurisprudência que a dependência do incidente de atribuição da casa de morada da família, processado por apenso relativamente à ação de divórcio, determinava que se deveria sobrestar na decisão do incidente até ser proferida a decisão de divórcio. O Tribunal da Relação de Évora entendeu que, tendo em conta as exigências legais impostas ao requerimento inicial do incidente de atribuição da casa de morada da família e os vários princípios gerais do processo civil, como os da adequação formal, do contraditório (de onde decorre a proibição de decisões-surpresa) e da igualdade das partes, deveria ter sido seguida a tramitação processual própria da resolução da questão da atribuição da casa de morada da família quando há diferendo entre os cônjuges. Segundo este entendimento, o requerimento da ré relativo à casa de morada da família não poderia ter sido tramitado no seio da ação de divórcio. Reconheceu assim a nulidade da sentença recorrida, mas apenas quanto ao segmento em que nela se decidiu atribuir à ré a casa de morada da família, mantendo a plena validade os segmentos relativos ao decretamento do divórcio e à homologação dos acordos entre os ex-cônjuges obtidos no processo. Sublinhe-se que não foi feito qualquer reparo ao facto de na 1.^a instância o divórcio ter sido decretado ainda antes de terem sido fixadas todas as consequências do divórcio. Aliás, ao reconhecer apenas a nulidade do segmento da sentença recorrida relativo à “atribuição” da casa de morada da família, o Tribunal da Relação de Évora admitiu que o divórcio por mútuo consentimento possa ter sido decretado sem que todas as consequências estivessem fixadas.

O Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 27-03-2014 (processo n.º 10731/10.1TBVNG.P2) debruçou-se igualmente sobre o sentido da remissão do artigo 1788.º-A, n.º 3, do CC para o divórcio sem consentimento de um dos cônjuges.

No caso, verificou-se igualmente que os cônjuges não estavam de acordo quanto à «atribuição» da casa de morada da família. Na primeira instância, apesar de o pedido de “atribuição” do direito a habitar a casa de morada da família deduzido pelo requerido não ter sido autuado e tramitado por apenso, a verdade é que o mesmo acabou por ser tramitado de forma manifestamente autónoma do pedido principal de divórcio, dando inclusivamente origem a um recurso que em definitivo julgou tal questão. Depois de se referir o Acórdão da Relação de Évora anteriormente mencionado e de coincidir inicialmente com o mesmo, o Tribunal da Relação do Porto considerou ser de aceitar a plena validade do procedimento adotado na 1.^a instância, uma vez que não foi posto em causa

nenhum dos princípios gerais do processo aplicáveis. Aceitou-se assim que a questão tenha sido apreciada e decidida em incidente autonomamente tramitado no processo instaurado como “divórcio sem consentimento de um dos cônjuges”, mas que entretanto foi convertido em “divórcio por mútuo consentimento”. Nesta decisão, o Tribunal da Relação do Porto admitiu implicitamente que o divórcio por mútuo consentimento tenha sido decretado sem todas as consequências do mesmo estarem fixadas.

No caso decidido pelo Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 11-07-2013 (processo n.º 3546/10.9TBVFX.L1-7), o tribunal *a quo*, absteve-se de decretar o divórcio apesar de os cônjuges terem manifestado a sua vontade nesse sentido e de terem chegado a acordo quanto à regulação das responsabilidades parentais, à prestação de alimentos e ao uso da casa de morada da família, apenas não tendo apresentado a relação especificada dos bens comuns.

Na situação apreciada pelo Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 21-01-2014 (proc. n.º 1350/10.3TBPMS.C1), tal como na anterior, os cônjuges não chegaram a consenso quanto à relação especificada dos bens comuns. O Tribunal da Relação de Coimbra entendeu que se a lei exige que o divórcio por mútuo consentimento seja instruído com uma “relação especificada de bens comuns” [cf. artigo 1775.º, n.º 1, *a*) do CC], não é possível deixar de apresentar uma tal relação ou posição das partes sobre essa matéria – e, sem isso, o divórcio não pode ser decretado. No entanto, na decisão final, o juiz deve consignar os bens sobre os quais existiu consenso e, quanto aos demais, traduzir a posição material das partes, não lhe sendo exigida qualquer decisão.

Por último, refiro o Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 13-03-2012 (processo n.º 2330/11.7TBVCT-A.G1) que apreciou o procedimento seguido numa ação de divórcio sem consentimento de um dos cônjuges, em que na conferência de cônjuges o Senhor Juiz tentou obter o acordo para o divórcio por mútuo consentimento, tendo as partes declarado que se pretendem divorciar, mas que não chegaram a consenso quanto aos acordos complementares do divórcio. Pelo Senhor Juiz foi então afirmado que para os cônjuges se divorciarem não necessitam de apresentar todos ou alguns dos acordos complementares, sendo o único requisito a vontade de ambos nesse sentido. Foi proferida sentença que decretou o divórcio do casal, dissolvendo-se o casamento. O Senhor Juiz determinou a notificação da autora para apresentar prova quanto ao pedido de fixação das consequências do divórcio formulado na petição inicial e do réu para se pronunciar sobre tal matéria.

4. Conclusão

De acordo com a lei atual, o objeto da ação de divórcio sem consentimento de um dos cônjuges é a apreciação do pedido de divórcio formulado pelo autor com vista ao decretamento do mesmo ou à absolvição do pedido. No divórcio por mútuo consentimento judicial, quer no caso do requerimento conjunto quer no caso da convoação do processo sem consentimento de um dos cônjuges, a causa de divórcio está adquirida, pelo que a atividade do tribunal se deverá centrar na regulação das consequências do divórcio. O decretamento do divórcio depende da homologação dos acordos complementares sobre as questões relativas à casa de morada da família, aos alimentos entre ex-cônjuges e às responsabilidades parentais relativamente aos filhos menores se estes existirem e tais responsabilidades ainda não estiverem reguladas, ou da decisão do juiz sobre as mesmas questões. O juiz apenas poderá preferir uma sentença de divórcio simultaneamente com a fixação de todas as consequências referidas na lei, muito embora os efeitos patrimoniais se retrotraíam à data da propositura da ação nas relações entre os cônjuges (artigo 1789.º, n.º 1).

A nova modalidade de divórcio por mútuo consentimento judicial teve resultados desapontantes. Na verdade, se foi difícil encontrar coerência no plano do seu suporte teórico, ainda mais dificuldades suscitou a sua aplicação prática. A falta de tramitação adequada foi um obstáculo para o normal desenvolvimento dos processos, inviabilizando a concretização da preferência legal aparentemente no sentido da promoção do divórcio por mútuo consentimento e da obtenção de soluções acordadas.

A reforma dos processos judiciais de divórcio era necessária e foi desaproveitada a oportunidade para a levar a cabo por ocasião da elaboração do Código de Processo Civil de 2013.

É urgente reconhecer a falta de uma tramitação processual adequada, designadamente no que diz respeito à diversidade de questões a resolver simultaneamente no âmbito do processo de divórcio judicial por mútuo consentimento. Do meu ponto de vista, quanto à ação de divórcio sem consentimento de um dos cônjuges, deve considerar-se que a ação apenas se inicia depois de frustrada a tentativa de conciliação e a tentativa de convoação, destinando-se então a verificar a existência de uma causa de divórcio, mas permitindo-se e encorajando-se a cumulação de pedidos sobre as consequências do divórcio, de modo a possibilitar que as consequências (definitivas) do divórcio possam ser decretadas

no mesmo processo, podendo o Tribunal decidi-las (ou homologar os eventuais acordos). O estímulo à convolação deve traduzir-se na simplificação, celeridade e diminuição das custas. No divórcio por mútuo consentimento judicial dever-se-á exigir a apresentação de propostas ou dedução de pedidos sobre as consequências do divórcio que devam ser reguladas, prevendo-se a tramitação a seguir para o juiz as poder fixar no mesmo processo e na mesma sentença, de modo a que fique claro que não se trata de incidentes inseridos na tramitação da causa, mas de decisões sobre questões que integram o objeto do processo no caso do divórcio por mútuo consentimento.

Bibliografia

- CAPELO, Maria José, “A tipicidade legal das formas de processo: fim à vista” in AA.VV., *I Jornadas de Direito Processual Civil, “Olhares transmontanos”*, Câmara Municipal de Valpaços, Abril 2012 (121-134)
- COELHO, Francisco Pereira, e OLIVEIRA, Guilherme de – (com a colaboração de Rui Moura Ramos), *Curso de Direito da Família, Vo. I, Introdução e Direito Matrimonial*, 4.ª Edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2008
- COSTA, Salvador da, *Os incidentes da instância*, 7.ª Edição, Coimbra, Almedina, 2014
- DIAS, Cristina Araújo, *Uma análise do novo regime jurídico do divórcio*, 2.ª Edição, Coimbra, Almedina, 2009
- FARIA, Paulo Ramos de *et alii*, *Primeiras Notas ao Novo Código de Processo Civil – os artigos da reforma*, Volume I, Coimbra, Almedina, 2013
- FIALHO, António, “Comentário ao Acórdão da Relação de Évora de 10 de Novembro de 2010”, *Lex Familiae*, Ano 7, n.º 14, 2010 (123-157)
- FREITAS, José Lebre de, *Introdução ao Processo Civil, conceito e princípios gerais à luz do novo Código*, 3.ª Edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2013
- *A ação declarativa comum, à luz do Código de Processo Civil de 2013*, 3.ª Edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2013
- OLIVEIRA, Guilherme de, “A nova lei do divórcio”, in *Lex Familiae*, Ano 7, n.º 13, 2010 (6-32)
- PINHEIRO, Jorge Duarte, *O Direito da Família Contemporâneo*, 3.ª Edição, Lisboa, AAFDL, 2010
- PINTO, Rui, *Notas ao Código de Processo Civil*, Coimbra, Coimbra Editora, 2014
- PITÃO, José António de França, *Sobre o divórcio*, Coimbra, Almedina, 1986
- RAMIÃO, Tomé d’Almeida, *O Divórcio e Questões Conexas – Regime jurídico atual*, 3.ª edição, Coimbra Almedina, 2011
- REIS, Alberto dos, *Processos Especiais*, Vol. II (Obra póstuma, Coimbra Editora, Coimbra, 1956
- SALTER CID, *A protecção da casa de morada da família no Direito português*, Coimbra, Almedina, 1996

- SOUSA, Miguel Teixeira de, *O regime jurídico do divórcio*, Coimbra, Almedina, 1991
- “Apontamento sobre o princípio da gestão processual no novo Código de Processo Civil”, in *Cadernos de Direito Privado*, n.º 43, Julho-Setembro, 2013
- VARELA, Antunes *et alii*, *Manual de Processo Civil*, 2.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 1985
- XAVIER, Rita Lobo, *Recentes alterações ao regime jurídico do divórcio e das responsabilidades parentais (Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro)*, Coimbra, Almedina, 2009
- “A relação especificada de bens comuns: relevância jurídica da sua apresentação no divórcio por mútuo consentimento”, in *Julgar* (Revista da Associação Sindical dos Juizes portugueses), n.º 8, Agosto de 2009 (11-26)
- “Direito ao divórcio, direitos recíprocos dos cônjuges e reparação dos danos causados: liberdade individual e responsabilidade no novo regime do divórcio”, in *Estudos em Homenagem ao Senhor Doutor Heinrich Ewald Hörster*, Coimbra, Almedina, 2013 (499-514)
- “Regime da comunhão geral de bens e partilha subsequente ao divórcio no novo artigo 1790.º do Código Civil”, in *Estudos em Homenagem ao Senhor Doutor José Lebre de Freitas*, Coimbra, Coimbra Editora, 2013 (525-554)
- XAVIER, Rita Lobo, FOLHADELA, Inês, CASTRO, Gonçalo Andrade, *Elementos de Direito Processual Civil, Teoria Geral, Princípios, Pressupostos*, Católica Editora, Porto, 2014