

Divórcio, poder paternal e realidade social: algumas questões

MARIA CLARA SOTTOMAYOR

SUMÁRIO: 1. Papéis do homem e da mulher na família e regulação do poder paternal nos casos de divórcio
a) A preferência maternal relativamente a crianças de tenra idade b) A figura primária de referência c) O exercício conjunto do poder paternal d) Conclusão.

1. Papéis do homem e da mulher na família e regulação do poder paternal nos casos de divórcio

A interfungibilidade de papéis entre o homem e a mulher, que caracteriza a imagem da família desfuncionalizada pressuposta pela lei¹, não pode ser considerada um dado adquirido a utilizar como critério nas decisões judiciais relativas às consequências do divórcio. Num plano de dever-ser, a partilha igualitária de tarefas na família constitui a situação ideal numa sociedade em que a maioria das mulheres, por razões econó-

¹ Cf. arts. 1671.º, n.º 2, e 1673.º, n.º 1, do CC, e art. 67.º, n.º 1, da CRP.

micas ou por realização pessoal, exerce uma actividade profissional². Contudo, a realidade social demonstra que esta divisão de papéis na família se reduz aos estratos culturais mais elevados (população com instrução universitária) e, mesmo dentro deste estrato, só uma minoria a pratica efectivamente. Estudos sociológicos do comportamento da população³ revelam que há uma contradição enorme entre a adesão a normas de indiferenciação dos papéis masculinos e femininos no casamento⁴ e as práticas efectivas a respeito da partilha do trabalho doméstico e dos cuidados com os filhos, os quais são suportados, sobretudo, pela mulher.

O aumento rápido que o divórcio tem conhecido no nosso país⁵ e o consequente crescimento dos processos relativos ao exercício do poder

² A taxa de actividade feminina em Portugal é das mais altas da Europa. Em 1992, no escalão etário dos 25 aos 34 anos, a taxa de actividade feminina era de 79,2% e no escalão etário seguinte, o dos 35 aos 44 anos, desce apenas para 74,1%. Cf. FERREIRA DE ALMEIDA, J. FERREIRA, COSTA, A. FIRMINO DA, MACHADO, FERNANDO L., *Recomposição socio-profissional e novos protagonismos*, in António Reis (org.), *Portugal Vinte Anos de Democracia*, Lisboa, Círculos de leitores, 1994, p. 318. Note-se, ainda, que a maioria das mulheres portuguesas trabalha a tempo inteiro. Pelo contrário, noutros países da Europa, com taxas de actividade feminina ligeiramente superiores à nossa (por exemplo, a Dinamarca), é usual o trabalho em *part-time*, pouco praticado em Portugal.

³ Cf. TORRES, Anália, *Divórcio em Portugal, Ditos e Interditos*, Celta Editora, Oeiras/1996, p. 161, figura 3.2., relativamente às características dos casais que se divorciam: nos casais com menor instrução escolar e cultural há uma divisão rígida de papéis sexuais, nos casais com instrução universitária há uma tensão entre representações igualitárias para homens e mulheres e as práticas efectivas. No mesmo sentido, um inquérito conduzido em Genebra revela que, nos sectores sociais com formação universitária, valores de igualdade, nas tarefas domésticas e no cuidado dos filhos, são maioritariamente partilhados pelos dois sexos, mas, quando se analisam as práticas, verifica-se que só em 7% dos casais inquiridos existe uma partilha igualitária de tarefas. *Idem*, p. 115.

⁴ O novo regime jurídico de protecção da maternidade (DL n.º 332/95, de 23 de Dezembro) consagra esta ideia de indiferenciação, permitindo que a licença de parto seja dividida entre o pai e a mãe, por decisão conjunta destes. Se esta lei fosse posta em prática pelas famílias, a nova situação assim criada, contribuiria para atenuar a discriminação que as mulheres sofrem no mercado de trabalho, em virtude do parto. Contudo, é pouco crível que, na realidade social actual, os homens queiram assumir esta função.

⁵ A percentagem de divórcios em relação ao número de casamentos subiu de 8%, em 1980, para 21%, em 1994 (fonte: INE, Estatísticas Demográficas, in TORRES, ANÁLIA, *ob. cit.*, p. 210), sendo maior o número de divórcios em casais com filhos: 66% dos casais que se divorciaram em 1994 têm filhos. *Idem*, Quadro A17 (fonte: INE, Estatísticas Demográficas), p. 234. Em 1995, a percentagem de divórcios desceu li-

paternal⁶ exigiram da lei, da jurisprudência e da doutrina, esforços para resolver questões como a dos critérios de atribuição da guarda dos filhos e a dos modelos de exercício do poder paternal após o divórcio, de forma a que fosse preservado o interesse dos menores e a igualdade de direitos e deveres dos pais. Consequentemente, verifica-se uma crescente contestação da preferência maternal para crianças de tenra idade e a introdução legal do exercício conjunto do poder paternal, após o divórcio. No entanto, como mostram os dados acima referidos, estas novas tendências do direito da família, em matéria de poder paternal e divórcio, são mais determinadas pelo pensamento do que seria desejável — colaboração igual de ambos os pais no cuidado dos filhos — do que pela realidade da vida.

a) A preferência maternal relativamente a crianças de tenra idade

As estatísticas continuam a revelar que os filhos são confiados à guarda da mãe⁷. Contudo, os números divulgados abrangem conjuntamente os casos litigiosos e os casos decididos por acordo dos pais homologado judicialmente. Ora, tendo em conta que na maioria dos casos, a regulação do poder paternal se faz de forma consensual⁸, seria necessário con-

geiramente para 18,7% (12 322 casamentos dissolvidos por divórcio/65 776 casamentos celebrados), mantendo-se em 66% o número de casais que se divorciaram com filhos (divórcios sem filhos — 4181/divórcios com filhos — 8141). Cf. *Estatísticas Demográficas 1995*, INE, Lisboa, Portugal, 1996, p. 55 e p. 104.

⁶ O número destes processos findos nos últimos anos (1993 a 1996) atinge, em 1993, 7962, com 10 269 menores envolvidos; em 1994, 9832, com 12 469 menores envolvidos; em 1995, 10 047, com 12 492 menores envolvidos; em 1996, 10 684, com 13 267 menores envolvidos (dados fornecidos pelo Gabinete de Estudos e Planeamento do Ministério da Justiça). Cremos, contudo, que estes números abrangem outros casos de regulação do poder paternal para além dos de divórcio.

⁷ Em 1993, o número de menores confiados à mãe, foi de 7120 enquanto o número de menores confiados ao pai foi de 696; em 1994, foram confiados à mãe 8873 menores e ao pai 820; em 1995, o número de casos de guarda maternal foi de 7094 e o número de casos de guarda paternal foi de 581; em 1996, o número de menores confiados à mãe foi de 7316 contra 755 confiados ao pai (números fornecidos pelo Gabinete de Estudos e Planeamento do Ministério da Justiça). Estes valores de guarda paternal constituem cerca de 8 a 10% das decisões sobre a guarda dos menores.

⁸ Em 1993, em 6833 processos relativos ao exercício do poder paternal findos, 4065 foram resolvidos por sentença homologatória e 2768 por sentença reguladora; em 1994, em 8365 processos, 5305 terminaram com uma sentença homologatória e 3060 com uma sentença reguladora; em 1995, em 6781 processos, 4509 terminaram

siderar apenas os casos litigiosos. Só desta forma se saberá exactamente a percentagem de casos de guarda paternal, a qual será consideravelmente maior do que a calculada quando se tem em consideração a totalidade dos casos de regulação do poder paternal. E, mesmo nos casos litigiosos, para averiguar em que medida a nossa jurisprudência segue o princípio da preferência maternal, importaria, ainda, analisar o conteúdo das sentenças a fim de distinguir os casos em que o menor foi confiado à guarda da mãe, em virtude do sexo desta, dos casos em que a guarda maternal constitui a solução que em concreto, de acordo com os factos, favorece mais o interesse do menor.

Actualmente, a análise da jurisprudência publicada revela que os juízes têm, nos casos litigiosos, posto em causa a preferência maternal e confiado a guarda ao pai⁹. Esta tendência leva a crer que, quando os pais estão em conflito, o pai tem uma igual probabilidade de obter a guarda dos filhos. Reconhecemos, todavia, que o motivo que preside à publicação da jurisprudência reside no carácter inovador da decisão, o que pode não significar muito em termos de alteração dos critérios judiciais, consideradas as decisões no seu conjunto.

O elevado número de guardas maternais explica-se pelo facto de as mães se apresentarem, na maioria dos casos, em melhores condições para assumir a guarda dos filhos, após o divórcio, pois devido à repartição de papéis adoptada pelos pais na constância do casamento, a mãe desenvolve uma relação mais próxima com os filhos e conhece melhor as necessidades destes. Consequentemente, é natural que esta repartição de papéis se reflecta nos acordos dos pais e nas decisões judiciais de regulação do poder paternal.

b) A figura primária de referência

O critério legal consagrado no artigo 1905.º, n.º 2 do Código Ci-

com uma sentença homologatória e 2272 com uma sentença reguladora; em 1996, em 7673 processos, 5601 terminaram com uma sentença homologatória e 2071 com uma sentença reguladora (dados fornecidos pelo Gabinete de Estudos e Planeamento do Ministério da Justiça).

⁹ Cf. Acórdão da Relação de Coimbra, de 2 de Novembro de 1994, CJ, Tomo V, 1994, p. 36, e Acórdão da Relação do Porto, de 17 de Maio de 1994, CJ, Ano XIX, Tomo III, 1994, p. 200. Também nas decisões de 1.ª instância parece desenhar-se a mesma tendência, *vide* Corpus iuris, Ano II, Dezembro de 1993, n.º 21, p. 20, Sub iudice, n.º 4, Out.-Dez./1996, pp. 98-102.

vil — o interesse do menor — constitui um conceito indeterminado que permite considerar relevante a totalidade dos factos de cada caso. No entanto, para simplificar e tornar mais rápido o processo de decisão, promover a previsibilidade das decisões, fornecer aos juizes um critério objectivo e funcional, facilmente maneável, e evitar o subjectivismo judiciário na ponderação e hierarquização dos factores relevantes, é importante fixar qual o factor que desempenha o papel primordial na decisão. Conforme temos vindo a defender, o critério que nos parece mais correcto e adequado ao interesse do menor é que este seja confiado à pessoa que predominantemente cuida dele no dia-a-dia (da preparação e planeamento das refeições, do banho, da higiene e do vestuário, do transporte da criança para a casa de amigos ou para a escola, do acto de deitar a criança na cama à noite, de atender à criança a meio da noite, de acordar de manhã, do ensino de boas maneiras, de regras de disciplina e da educação religiosa, moral, social e cultural etc.¹⁰) — a figura primária de referência. O desempenho destas tarefas por um dos progenitores é um indício de uma maior capacidade de sacrifício e disposição para dar ao menor o afecto que este precisa para o desenvolvimento harmonioso da sua personalidade¹¹. É natural que o progenitor que cuida diariamente de um menor de tenra idade¹² estabeleça com este uma relação fisicamente mais próxima e, conseqüentemente, emocionalmente mais

¹⁰ O critério do *Primary Caretaker* foi definido aproximadamente, nestes termos, por uma famosa decisão do Supremo Tribunal de West Virginia (*Garska v. McCoy*, 68, 278, S.E. 2d, 1981, p. 362).

¹¹ CHAMBERS, DAVID, *Rethinking the Substantive Rules for Custody Disputes in Divorce*, Michigan Law Review, 10984, vol. 83, n.º 3, p. 529-530, refere que muitos especialistas em desenvolvimento da criança consideram que «a ligação à figura primária de referência é a pedra básica do desenvolvimento emocional saudável da criança. Nos primeiros estádios de desenvolvimento, esta é decisiva para a criança aprender a ter confiança nos outros e nas suas próprias capacidades. Mais tarde, desempenha um papel central na capacidade da criança estabelecer ligações emocionais com outras pessoas [...], e afecta também o desenvolvimento no menor de qualidades intelectuais e sociais.»[...] «Pensa-se que a ligação original com a figura primária de referência tem um efeito contínuo importante na capacidade da criança ultrapassar, com sucesso, cada estádio de desenvolvimento.»

¹² Para o efeito de considerar que um menor está numa idade em que não pode ser separado do adulto que é a sua figura primária de referência, CHAMBERS, David, *ob. cit.*, p. 561, considera como limite a idade de 5 anos, embora refira que a literatura sobre psicologia infantil indique a idade de 3 ou 10 anos, *idem*, pp. 531-532.

profunda. Mesmo que se trate de uma criança mais velha, o progenitor que está com o menor mais tempo e habituado a satisfazer as necessidades deste, tem uma facilidade maior de comunicação e de diálogo com o filho, conhece melhor a sua personalidade e dispõe de uma maior capacidade de o educar, orientar e aconselhar.

A conexão entre estas funções e a profundidade da ligação psicológica ao menor não está relacionada com o sexo dos pais. Contudo, no estágio actual da sociedade, este papel é desempenhado, normalmente, pela mãe, mesmo quando ambos os pais trabalham fora de casa¹³. A maior colaboração do pai que tende a verificar-se actualmente tem sido sobrevalorizada pelo facto de constituir uma inovação relativamente aos modelos tradicionais¹⁴.

Este critério da figura primária de referência não é equivalente à preferência maternal, pois, não contém em si a mensagem de que o cuidado dos filhos cabe, por força da natureza, à mãe, evitando a perpetuação de modelos e a desvalorização do papel do pai. Por outro lado, não discrimina os homens. Antes compensa aqueles que, durante a constância do casamento, investiram no cuidado dos filhos, contribuindo, assim, para incentivar os pais a colaborar mais activamente nestas tarefas¹⁵.

¹³ Tal facto é salientado por vários autores americanos (CHAMBERS, David, *ob. cit.*, p. 534, onde o autor cita estudos que demonstram que as mulheres passam mais tempo com os filhos do que os homens, mesmo quando as primeiras trabalham; GLENDON, MARY ANN, *The New Family and the New Property*, 1981, p. 132; MNOOKIN, ROBERT H./MACCOBY, ELEANOR E., *Dividing the Child, Social and Legal Dilemmas of Custody*, Harvard University Press, 1992, p. 268) e resulta também de um conhecimento empírico da sociedade portuguesa e dos estudos acima citados na nota 3.

¹⁴ Tal circunstância tem como consequência que os critérios de apreciação do papel de uma mulher como mãe são muito mais exigentes do que os critérios de apreciação do papel de um homem como pai. *Vide*, a este propósito, as observações de POLIKOFF, NANCY, *Why Mothers are Losing: A Brief Analysis of Criteria Used in Child Custody Determinations*, *Women's Law Reporter*, 1982, vol. 7, n.º 3, p. 239: «Um homem que trabalhe a tempo inteiro e providencie alguma assistência na educação dos filhos, mesmo limitada, é considerado um pai dedicado, enquanto que uma mulher com um emprego a tempo inteiro e que desempenha ainda, algumas das funções da figura primária de referência, mas não todas, é considerada uma 'meia-mãe', insatisfeita com o seu papel em relação ao cuidado dos filhos.»

¹⁵ Cf. FINEMAN, MARTHA, *Dominant Discourse, Professional Language and Legal Change in Child Custody Decisionmaking*, *Harvard Law Review*, vol. 101, n.º 4, 1988, pp. 770 e ss.

A determinação da figura primária de referência pode ser facilmente realizada a partir da análise do inquérito social, da audição dos pais e de outros parentes do menor que convivam habitualmente com este e conheçam os costumes da família. Esta regra apresenta, assim, vantagens em termos de processo de decisão e em termos de garantia do interesse do menor. Constitui um critério neutro em relação ao sexo que permite ao pai obter a guarda dos filhos quando tenha sido a figura primária de referência destes, sem ter de provar a incapacidade da mãe, reduz a conflitualidade do processo e torna as decisões mais rápidas e com menores custos económicos e psicológicos. Encoraja os pais a chegarem a um acordo, diminui o número de litígios¹⁶ e evita que a ameaça de um conflito em torno da guarda dos filhos seja usada por um dos pais como meio de chantagem, contra aquele que desempenhou o papel de figura primária de referência, para obter reduções na obrigação de alimentos ou outras vantagens económicas¹⁷. A figura primária de referência promove a continuidade da educação e das relações afectivas da criança e constitui, também, em regra, aquele progenitor com quem a criança prefere viver. Dá-se, assim, uma convergência dos critérios que julgamos decisivos: as relações afectivas da criança com os pais, a continuidade do ambiente e a preferência da criança.

Na hipótese de ambos os pais terem desempenhado esta função, medir as diferenças subtis da relação afectiva da criança com cada um dos pais, é

¹⁶ A regulação do poder paternal por acordo é, em si mesma, um factor essencial para o equilíbrio e bem-estar da criança.

¹⁷ Cf. NEELY, RICHARD, *The Primary Caretaker Rule: Child Custody and the Dynamics of Greed*, Yale Law & Policy Review, vol. 3, 1984, pp. 177-179. afirma que a sua experiência como advogado revela que as mães, geralmente, não querem correr o mínimo risco de perder a guarda dos filhos, aceitando montantes baixos de alimentos a troco de manterem a guarda destes. Quanto mais se dedicou uma mãe aos filhos menos aceita o risco de um litígio em torno da guarda destes e mais sujeita está a ficar prejudicada em termos económicos, o que aumenta a pobreza das famílias monoparentais, tendo ainda em conta que as mulheres ganham, em média, menos do que os homens. Um acordo desequilibrado em termos financeiros reduz o nível de vida da criança e da mãe, obriga esta a trabalhar a tempo inteiro e diminui o tempo que esta passa com o filho, situação que produz efeitos substancialmente negativos para a criança. Cf. COCHRAN, *Best Interests of the Child*, University Richmond Law Review, vol. 20, 1985, p. 17. Este problema da influência da regras relativas às consequências do divórcio nos acordos tem sido amplamente tratado e denunciado nos EUA. Cf. MNOOKIN/KORNHAUSER, *Bargaining in the Shadow of the Law: The Case of Divorce*, Yale Law Journal, vol. 88, 1979, pp. 950 e ss.

uma tarefa demasiado ambiciosa e inacessível ao tribunal, por falta de tempo e de meios. Os critérios a seguir devem ser, então, a capacidade de cada um dos pais consentir nas relações do menor com o outro¹⁸, a preferência da criança (quando tenha maturidade para a exprimir e não tenha sido manipulada por um dos pais), o tempo de que cada um dos pais dispõe para dedicar aos filhos, a continuidade das relações afectivas do menor com outros parentes significativos para o menor, por exemplo, os avós, a estabilidade do ambiente que cada um dos pais proporciona à criança¹⁹.

c) O exercício conjunto do poder paternal

A introdução do exercício conjunto do poder paternal após o divórcio, pela lei 84/95, de 31 de Agosto, não parece alterar esta situação. As estatísticas realizadas nos países com experiência na aplicação prática do exercício conjunto do poder paternal²⁰ revelam uma distância entre a

¹⁸ Este critério foi mesmo legalmente introduzido, pela lei 84/95, de 31 de Agosto, que acrescentou ao art. 1905.º, n.º 2, do CC, o interesse do menor em manter com o progenitor a quem não foi confiado uma relação de grande proximidade. Nos casos em que os pais não decidem a regulação do poder paternal por acordo e ambos desempenharam o papel de figura primária de referência, é importante determinar quais as razões do conflito, qual o progenitor mais generoso em permitir contactos da criança com o outro, qual aquele que respeita mais o menor e não o usa como um instrumento de luta contra o outro progenitor.

¹⁹ Não se incluindo aqui a estabilidade financeira dos pais, pois a carência económica de um deles pode ser compensada pelo pagamento da obrigação de alimentos a cargo do outro. Abrangido por este critério está, por exemplo, o facto de um dos pais planejar mudar de cidade, se esta mudança implicar um rompimento com o ambiente social, escolar e familiar a que o menor está adaptado e se esta alteração lhe causar danos psíquicos.

²⁰ Vide, p. ex., o caso da França, onde em estudos sobre a prática judicial do exercício conjunto do poder paternal (cf. FULCHIRON, HUGHES, *Une nouvelle réforme de l'autorité parentale*, Dalloz, 1993, p. 121), se verifica a permanência do modelo tradicional: residência principal da criança com a mãe e direito de visita do pai. P. ex. em Lyon e Nanterre, em 84,6% dos casos de exercício conjunto do poder paternal, a residência habitual da criança foi fixada junto da mãe e só em 13,52% dos casos com o pai. Constata-se também que quanto mais nova for a criança mais frequentemente é a sua residência fixada junto da mãe: é o caso de 94,59% das crianças com menos de 5 anos. Também nos EUA, as decisões judiciais reproduzem o estereótipo tradicional, residindo o menor com a mãe. Cf. TAKAS, MARIANNE, *Improving Child Support Guidelines: Can Simple formulas Address Complex Families?*. FamLQ. vol. 26, n.º 3, 1992, p. 188. Mesmo nos casos em que a decisão determina que o menor resida com ambos os pais alternadamente, o menor passa substancialmente mais tempo com a mãe, e,

lei e a realidade social. A responsabilidade pelo cuidado dos filhos no dia-a-dia e, conseqüentemente, a educação destes, continua a ser confiada à mãe (o progenitor que reside habitualmente com os filhos), o que confirma a ideia de que a vontade dos homens assumirem a guarda dos filhos, após o divórcio, continua a ser um fenómeno minoritário²¹. Na prática, o papel do pai reduz-se à atribuição legal de poderes jurídicos de decisão, os quais deixam de ser exercidos exclusivamente pela mulher. O exercício conjunto do poder paternal não teve impacto no dia-a-dia das crianças nem alterou a situação das mulheres que, após o divórcio, que continuam a educar sozinhas os filhos, e, também, a sustentá-los, dada a elevada taxa de incumprimento da obrigação de alimentos e o montante baixo do nível de alimentos ordenado judicialmente relativamente ao custo de educar uma criança²². Nos E.U.A., denuncia-se, mesmo, que o exercício conjunto do poder paternal é utilizado estrategicamente por alguns pais como uma arma para reduzir a obrigação de alimentos²³. Por outro lado, em famílias com histórias de violência conjugal²⁴ ou de conflitos em torno da educação dos filhos, o exercício con-

até nos casos em que o pai detém a guarda exclusiva do menor, este tende a passar cada vez mais tempo em casa da mãe. Pelo contrário, nos casos de guarda maternal, o contacto com o pai, normalmente, torna-se progressivamente mais escasso. Cf. MNOOKIN/MACCOBY, *ob. cit.*, pp. 268-270.

²¹ Vide as estatísticas apresentadas por WEITZMAN, LENORE J., *The Divorce Revolution, The Unexpected Social and Economic Consequences for Women and Children in America*, The Free Press, New York, 1985, p. 257, as quais demonstram que o número de casos em que o pai tem a guarda dos filhos não aumentou com o abandono da preferência maternal e com uma preferência legal pela guarda conjunta, aumentando apenas ligeiramente os casos de guarda conjunta física.

²² Cf. SOTTOMAYOR, Maria Clara, *Regulação do exercício do poder paternal nos casos de divórcio de acordo com as alterações ao Código Civil introduzidas pela Lei 84/95, de 31 de Agosto*, Livraria Almedina, Coimbra — 1997, pp. 124-127.

²³ Cf. SCHULLMAN/PITT, *Second thoughts on joint child custody. Analysis of legislation and its implications for women and children*, Jay Folberg editor, *Joint Custody and shared parenting*, The Association of Family and Conciliation Courts, 1984, pp. 214 e ss.

²⁴ A respeito da violência doméstica há dois aspectos a ter em conta nas decisões relativas à guarda dos filhos e exercício do poder paternal: 1.º) — Mesmo que a violência se tenha verificado somente em relação à mulher e não tenha sido testemunhada pelos filhos, trata-se de um problema que afecta toda a família como unidade e não apenas as relações entre os pais. Conseqüentemente, deve presumir-se que o homem que agride a mulher não é capaz de assumir a guarda dos filhos. 2.º) — A guarda conjunta, exigindo contacto entre os pais, cria oportunidades para a continuação da violência conjugal após o divórcio. Neste sentido, nos EUA, a lei tem vindo a consagrar a proibição da guarda conjunta relativamente a estas famílias ou a presunção de

junto do poder paternal traduz-se em direitos atribuídos aos homens sem a correspondente responsabilidade e assunção de obrigações pela educação quotidiana dos filhos, o que tem como consequência interferências abusivas na função educativa daquele progenitor que está em contacto diário com os filhos. Daí que, em relação a estas famílias, não seja aconselhável a recomendação, por parte de juízes, advogados ou mediadores familiares, do exercício conjunto do poder paternal.

d) Conclusão

A evolução das práticas familiares processa-se de uma forma muito mais lenta do que as alterações legais e as concepções partilhadas pelas pessoas²⁵, de forma que a aplicação da lei não pode deixar de ter em conta esta discrepância, não impondo soluções, consideradas, em abstracto, como mais perfeitas, mas desajustadas da realidade. Neste sentido, defendemos que o exercício conjunto do poder paternal, tal como optou a lei 84/95, de 31 de Agosto, só deve ser consagrado no caso de haver acordo dos pais e que aquele progenitor que recuse fundamentadamente esta solução não deve ser penalizado numa decisão judicial de guarda única.

A regulação do poder paternal, após o divórcio, não pode ser usada como um instrumento de transformação dos papéis familiares²⁶, devendo, antes, reflectir a forma como os pais distribuíam entre si as tarefas relativas ao cuidado dos filhos, durante a constância do casamento. Não deve incluir-se aqui a forma excepcional como os pais dividem estas tarefas no período que imediatamente antecede o divórcio, o qual está, normalmente, influenciado por factores transitórios.

O exercício conjunto do poder paternal é a solução mais adequada para aqueles pais que já partilhavam, antes do divórcio, a responsabili-

que a guarda conjunta não está de acordo com o interesse do menor nos casos de violência doméstica. Cf. *Developments in the Law — Legal Responses to Domestic Violence, Battered Women and Child Custody Decisionmaking*, Harvard Law Review, vol. 106, 1993, n.º 7, pp. 1597 e ss.

²⁵ Segundo COMMAILLE, Jacques, *Familles sans Justice*, p. 223, as transformações da família fazem-se a partir dos estratos sociais mais altos para os mais baixos, sendo fundamental o papel das classes médias na evolução das atitudes e práticas familiares.

²⁶ Defendendo que não se deve ter expectativas exageradas em relação à lei e que esta tem um poder limitado, por si própria, para provocar alterações sociais na área do direito da família, vide GLEDON, MARY ANN, *The Transformation of Family Law*, The University of Chicago Press, 1989, p. 311.

dade pela educação dos filhos. Evita-se, assim, nestas famílias, a concentração de poderes que o sistema tradicional do exercício exclusivo do poder paternal atribuía ao progenitor guarda, geralmente a mãe, e a desvalorização do papel do pai.

No entanto, uma lei que consagrasse um princípio geral de exercício conjunto do poder paternal a aplicar, indiscriminadamente, em relação a todo o tipo de famílias, não produziria efeitos no comportamento dos pais que, durante a constância do casamento, praticaram uma repartição tradicional de tarefas e que tendem a reproduzir, depois do divórcio, os mesmos modelos²⁷. A imposição do exercício conjunto do poder paternal, sobretudo quando engloba alternância de residência, é susceptível de gerar conflitos entre os pais em torno da competência parental, de regras de disciplina, de valores e formas de educar os filhos, etc.²⁸

A tentação de juízes e mediadores familiares utilizarem a guarda conjunta física para resolver disputas entre os pais expõe o menor a graves riscos psicológicos²⁹.

Parece-nos, portanto, suficiente para preservar o valor expressivo e simbólico da lei quanto à percepção dos papéis dos pais, a possibilidade legal de estes acordarem entre si o exercício conjunto do poder paternal e o reconhecimento judicial destes acordos.

Relativamente aos casos de conflito entre os pais, a guarda deve ser confiada ao progenitor que representa para os filhos a figura primária de referência, nos termos em que atrás o definimos. O comportamento passado (verificado durante a constância do casamento) deste progenitor fornece garantias quanto à qualidade do seu desempenho no futuro, evitando-se, assim, exigir do poder judicial juízos de prognose especulativos.

O entusiasmo idealista, sentido entre nós por juristas e psicólogos, com a abolição da preferência maternal, a guarda conjunta e a valoriza-

²⁷ Vide as considerações feitas na nota 20 sobre a tendência das famílias para reproduzirem, após o divórcio, modelos semelhantes aos tradicionais mesmo quando é acordado o exercício conjunto do poder paternal.

²⁸ Cf. SCOTT, ELIZABETH, *Pluralism, Parental Preference, and Child Custody*, California Law Review, vol. 80, n.º 3, 1992. p. 671.

²⁹ Cf. МНОКИН/МАКОВЫ, *ob. cit.*, p. 273 e pp. 284-285 Os estudos realizados pelos autores detectaram que a decisões de guarda conjunta física têm sido aplicadas, com alguma frequência (cerca de um terço dos casos de guarda conjunta), relativamente a pais que estão em alto nível de conflito entre si.

ção do papel do pai na educação dos filhos, não pode apagar a realidade: a permanência de uma divisão de tarefas tradicional na maior parte das famílias e o predomínio da residência maternal, após o divórcio³⁰. Neste contexto, pensamos que a figura primária de referência é o critério adequado para simultaneamente reconhecer o esforço predominante das mulheres no cuidado dos filhos, promovendo o interesse do menor na manutenção da sua ligação psicológica original, e permitir uma mudança de papéis, atribuindo a guarda dos filhos ao pai, quando foi este a desempenhar tal função.

³⁰ МНОЖИН/МАССОВЫ, *ob. cit.*, p. 270, prevêem que o modelo tradicional, em que os filhos vivem com a mãe, após o divórcio, tende a manter-se no futuro. Trata-se, nas palavras dos autores, de um «strong inertial pull», baseado mais no costume social do que na lei. As reformas na lei do divórcio fizeram pouco para mudar este panorama e só num reduzido número das famílias estudadas, os papéis parentais das mulheres e dos homens eram equivalentes. *Idem*, p. 271.