

# Sociedade e divórcio

## Considerações à volta da evolução da legislação do divórcio

Eliana Gersão\*

*Pequeno almoço*

Ele deitou o café  
Na chávena  
Deitou o leite  
Na chávena de café  
Pôs o açúcar  
No café com leite  
Mexeu  
Com a colher  
Bebeu o café com leite  
Pousou a chávena  
Sem me falar  
Acendeu  
Um cigarro  
Fez bolas de fumo  
Pôs a cinza no cinzeiro  
Sem me falar  
Sem me olhar  
Levantou-se  
Pôs  
O chapéu na cabeça  
Vestiu  
A gabardine  
Porque estava a chover  
E partiu  
Debaixo da chuva  
Sem uma palavra  
Sem um olhar  
E eu encostei  
A cabeça na mão  
E chorei.

Jacques Prévert, *Paroles* (Gallimard, 1949)

---

\* Centro de Direito da Família da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

1. A reforma da legislação relativa ao divórcio, levada a efeito pela Assembleia da República ao longo do Verão e Outono de 2008, por iniciativa do Partido Socialista<sup>1</sup>, provocou alguma discussão na sociedade portuguesa. Muita discussão? Eu diria que não, tanto assim que a lei que consagra o novo regime jurídico (Lei nº 61/2008, de 31 de Outubro) foi aprovada por uma forte maioria dos deputados<sup>2</sup>.

Na verdade, mau grado o impacto de algumas críticas<sup>3</sup>, foi significativo o consenso à volta das alterações propostas. Tal aconteceu, a nosso ver, porque as novas soluções não traduziam rupturas na evolução legislativa relativa ao divórcio, ao longo dos últimos 40 anos. Constituam, sim, mais um passo, no mesmo caminho. Para além disso, a sociedade estava “madura” para as aceitar. Desta vez, como já acontecera aquando das anteriores reformas, os costumes, os modos de vida, as aspirações sobre o casamento, evoluíram mais depressa que o direito. E a lei procurou, hoje como ontem, encontrar uma saída para situações de impasse e de iniquidade que as novas formas de viver as relações conjugais foram criando.

2. Relembremos o nosso percurso legislativo relativo ao divórcio<sup>4</sup>. Pelo “Código de Seabra”, o casamento era um “contrato perpétuo” (art. 1056.º), só susceptível de ser “interrompido”, através da “separação de pessoas e bens” (arts. 1203.º e 1204.º), em caso de adultério (da mulher; o adultério do marido só constituía fundamento de divórcio “quando cometido com escândalo público, ou com completo desamparo da mulher, ou concubina *teúda e manteúda* no domicílio conjugal”), condenação do cônjuge a pena perpétua ou sevícias e injúrias graves” (art. 1204.º). Era ainda necessário obter autorização do conselho de família, constituído por seis parentes, três do lado de cada um dos cônjuges, e pelo MP, este unicamente com voto consultivo (arts. 1206.º e 1207.º).

É a I República que vem permitir a dissolução do casamento pelo divórcio (Lei do Divórcio, de 3 de Novembro de 1910), litigioso ou por mútuo consentimento. Os fundamentos do divórcio litigioso são significativamente alargados,

---

1 Com base em anteprojecto elaborado pelo Prof. Guilherme de Oliveira e pela socióloga Prof.ª Anália Torres.

2 Todos os partidos da esquerda parlamentar e ainda onze deputados do PSD; quatro deputados do PSD abstiveram-se e uma deputada do PS votou contra.

3 Sobretudo do Presidente da República, ao não promulgar a versão da lei inicialmente aprovada na Assembleia e ao fazer acompanhar a promulgação do texto revisto de um “comunicado aos portugueses”, alertando-os sobre “os potenciais efeitos negativos” do diploma, e de uma “mensagem à Assembleia da República”, recomendando a adopção de mecanismos de acompanhamento da aplicação do novo regime jurídico (os documentos podem ler-se na página oficial da Presidência da República Portuguesa, [www.presidencia.pt](http://www.presidencia.pt)).

4 Sobre a “questão do divórcio” e a evolução legislativa sobre o tema, Francisco Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira, 2008, pp. 587 ss.

passando a incluir, além de factos culposos contra os “deveres conjugais” (adulterio, em termos iguais para o homem e a mulher, sevícias e injúrias graves), factos indiciadores da ruptura do casamento (abandono do domicílio conjugal<sup>5</sup>, ausência sem notícias<sup>6</sup>, loucura incurável, separação de facto<sup>7</sup>, “livremente consentida”<sup>8</sup>, “qualquer que seja o motivo dessa separação”) ou mesmo factos alheios à ligação conjugal, como doença incurável ou vício do jogo. O divórcio por mútuo consentimento podia ser obtido após dois anos de casamento, por cônjuges maiores de 25 anos (art. 35.º). Não ficava dependente de qualquer período de reflexão, podendo o juiz autorizar desde logo o “divórcio provisório” e, decorrido um ano, pronunciar o divórcio definitivo (arts. 37.º-40.º).

Este regime “liberal” deixou de ter alcance prático para a generalidade dos portugueses com a Concordata entre o Estado Português e a Santa Sé, com base na qual deixam de poder dissolver-se por divórcio os casamentos celebrados catolicamente a partir de 1 de Agosto de 1940 – ou seja, praticamente todos<sup>9</sup>, dados os costumes da época e a forte presença da igreja católica na sociedade portuguesa. A partir de então, o divórcio era, no nosso país, uma miragem, e pouco importava a configuração legal que lhe fosse dada.

3. Por essa razão, aquando da apresentação do projecto do que viria a ser o Código Civil de 1967, as opiniões críticas centraram-se mais na manutenção do regime concordatário (art. 1790.º) – fonte já então de infundáveis dramas, de envergonhados casais “falsamente” casados<sup>10</sup>, de um número considerável de crianças marcadas pelo ferrete do “filho ilegítimo”, que constava obrigatoriamente de todos os seus documentos - do que nas condições legais do divórcio. E essas condições eram bem mais apertadas do que na Lei do Divórcio de 1910.

5 Por tempo não inferior a três anos.

6 Por tempo não inferior a quatro anos.

7 Por dez anos consecutivos.

8 Sobre as dificuldades de interpretação da expressão, Francisco Manuel Pereira Coelho (1965, p. 498) que, contrariando outros autores e a jurisprudência dominante, que só assim consideravam a separação “que tenha sido *acordada* pelos cônjuges no momento em que se iniciou”, entende que também se pode falar de separação de facto livremente consentida naqueles casos “em que foi determinada pela conduta de algum dos cônjuges (v. g. abandono, adultério, sevícias) mas *aceite* pelo outro”, pois nesse caso se está igualmente perante “um matrimónio que, *de facto*, está destruído, e que por isso a lei tem empenho em que também seja destruído *juridicamente*”.

9 Salvo no Alentejo, onde era menor a influência da igreja católica.

10 Esses casais, que alegavam ter casado “no estrangeiro”, encontravam alguma cumplicidade na sociedade da época. Comentando o que se passava na elite burguesa, escrevia o advogado Artur Santos Silva (1966, p. 14), a quem se deve um dos poucos textos críticos do projecto, na área da família: “Fingem que vão casar a Espanha, a França ou ao México, entram numas ‘boites’ e chegam fresquinhos e aparentemente sacramentados! A família legítima recebe-os. Toda a gente sabe que não estão casados, mas todos se querem deixar enganar”.

Na verdade, só se previa no projecto - e assim ficou no código - O divórcio litigioso (art. 1792.º), e com fundamentos difíceis de se verificarem (art. 1778.º). Fundamentos que, aliás, tinham mais a ver com questões de “moralidade pública”, digamos assim (condenação penal, costumes desonrosos), do que com a qualidade da relação conjugal propriamente dita<sup>11</sup>. E, verificados que fossem esses fundamentos, podia o juiz, em vez do divórcio, decretar a separação judicial de pessoas e bens, no caso de entender “que as circunstâncias do caso, designadamente a viabilidade de uma reconciliação, aconselhavam “a não dissolução do casamento” (art. 1794.º).

Por mútuo consentimento, os cônjuges só podiam recorrer à separação de pessoas e bens (art. 1773.º) – e, para tal, tinham de ter mais de 25 anos e de estar casados há mais de três anos (art. 1786.º). Só após três anos de separação judicial podiam requerer a sua conversão em divórcio (art. 1793.º).

4. Não espanta, assim, que uma das leis mais saudadas no “pós 25 de Abril” tenha sido o Decreto-Lei nº 261/75, de 27 de Maio, que abriu o divórcio às pessoas casadas catolicamente, permitindo-lhes a celebração de um novo casamento civil, que por regra veio “legalizar” situações de facto já existentes. Foi também o Decreto-Lei nº 261/75 que reintroduziu, como fundamento do divórcio litigioso, a separação de facto, livremente consentida, por cinco anos consecutivos (art. 1778.º, nº 1, al. h))<sup>12</sup> e readmitiu o divórcio por mútuo consentimento (nova redacção do art. 1792.º). Para além disso, revogou o art. 1794.º, pondo termo à possibilidade de o juiz decretar a separação quando lhe tenha sido requerido o divórcio.

O Decreto-Lei nº 261/75 constituiu um passo significativo para pôr o direito em harmonia com a sociedade e foi um dos diplomas mais saudados da nossa história legislativa das últimas décadas.

5. A harmonização do direito com a vida foi prosseguida com a revisão de 1977 do Código Civil.

Nesta revisão, facilitou-se um pouco o divórcio por mútuo consentimento, abrindo-se mão da exigência de que os cônjuges tenham idade superior a 25 anos. Mas dificultou-se por outro lado, elevando-se para três anos o tempo de duração do casamento (art. 1775.º, nº 1).

11 Eliminando assim o código as causas objectivas que a Lei do Divórcio reconhecera e “consagrando, em roda a sua pureza, o sistema do divórcio-sanção” (Francisco Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira, 2008, p. 592).

12 O Decreto-Lei nº 561/76, de 17 de Julho, procurando pôr termo à controvérsia sobre o significado da expressão “livremente consentida” (*supra*, nota 8), omite essa condição, mas, talvez para evitar que o regime fosse apelidado de “laxista”, aumenta para seis anos a duração da separação de facto.

O processo para o obter, obrigatoriamente judicial, era longo e bem mais complexo do que na Lei do Divórcio de 1910, talvez na esperança de que, com as dificuldades, os cônjuges desistissem pelo caminho ... Assim, não resultando a conferência de tentativa de reconciliação, deviam os cônjuges renovar o pedido de divórcio após um período de reflexão de três meses, e fazer uma segunda renovação decorrido um ano (art. 1776.º). Renovado o pedido, teriam ainda de passar por uma segunda conferência judicial de tentativa de conciliação (art. 1777.º).

A revisão de 1977 mexe sobretudo nos fundamentos do divórcio litigioso, alargando-os e dando relevo especialmente às circunstâncias que afectam a qualidade da relação conjugal. É de então a fórmula que até há pouco orientou o divórcio litigioso, ou seja, constitui fundamento de divórcio a violação culposa dos deveres conjugais, “quando a violação, pela sua gravidade ou reiteração, comprometa a possibilidade da vida em comum” (art. 1779.º, nº 1).

Mas não foi tudo. A reforma tenta encontrar um “sistema de compromisso” entre a ideia de “divórcio-sanção”, que orientava o divórcio com fundamento no incumprimento dos deveres matrimoniais, com a de “divórcio-remédio” – que, ao tempo, tinha já uma implantação significativa na sociedade portuguesa<sup>13</sup> –, permitindo-o em certas situações em que a vida conjugal se tenha tornado “intolerável por causas puramente objectivas, por caso fortuito” (loucura incurável, ausência sem notícias<sup>14</sup>). Mas, para além disso, a reforma abre a porta à nova ideia de “divórcio-constatação da ruptura do casamento”, admitindo-o, a requerimento de qualquer dos cônjuges<sup>15</sup>, nos casos de separação de facto, ou seja, sempre que, não havendo “comunhão de vida”, haja da parte dos cônjuges, ou de um só deles “o propósito de não a restabelecer” (art. 1782.0, nº 1).

A porta é aberta, é certo, com muitas cautelas, com cautelas porventura excessivas<sup>16</sup>. Assim, mantém-se a exigência, fixada pelo Decreto-Lei nº

13 E que sempre foi defendida pelo Prof. Pereira Coelho (ver, por exemplo, 1965, pp. 443-446).

14 Por quatro anos.

15 Circunstância que distingue este modelo do divórcio do sistema do “divórcio-remédio”, o qual pressupõe a identificação de um *culpado* (o que violou os deveres conjugais, aquele em relação ao qual se verificam as circunstâncias justificativas do divórcio), mesmo que se não pretenda *puni-lo*, só podendo o divórcio ser requerido pelo cônjuge *inocente* (Francisco Manuel Pereira Coelho, 1981, p. 44).

16 A Prof<sup>ta</sup> Isabel de Magalhães Collaço (2004, p. 31), ao reapreciar, 25 anos depois, a Reforma de 1977, em justificação do facto de não ter sido acolhida a tendência para abolir a distinção entre o divórcio fundado na violação culposa dos deveres conjugais e o divórcio baseado na ruptura da vida em comum, “com o conseqüente desaparecimento da função da culpa dos cônjuges na dissolução do vínculo matrimonial e nas suas conseqüências”, afirma que, “neste ponto como noutros, a Reforma traduz as concepções que prevaleciam na data que a viu nascer”.

561/76, de que a separação de facto se tenha prolongado por seis anos consecutivos, não se retomando o período de cinco anos estabelecido no Decreto-Lei nº 261/75. Mas, de qualquer forma, continua a afirmar-se o princípio, e isso teve importância. Teve importância o Código Civil vir reconhecer que não tinha sido o ímpeto revolucionário dos anos 74-75 que levava a afirmar que, quando um casamento substancialmente já não existe, faz pouco sentido mantê-lo à face do direito. O consenso social nesse sentido mantinha-se, pelo que o direito devia admitir alguma possibilidade de, perante um “casamento morto” em que não exista o acordo de ambos os cônjuges quanto ao divórcio, este ser viável a requerimento de um só deles, mesmo daquele a quem se deva a ruptura (art. 1785º, nº 1).

6. Foram passos significativos os que se deram em 1977, embora talvez não tão grandes como o clima reformador da época faria prever.

Como quer que seja, passaram desde então mais de trinta anos. E, durante esse tempo, muitas coisas mudaram<sup>17</sup>. Mudaram as condições sociais de vida, mudou o modo de ver o casamento e as expectativas que nele se põem.

Vou, mais uma vez, voltar atrás, lembrar o que fomos ontem e o que somos hoje. O que foi o casamento ontem e o que é o casamento hoje.

7. É sabido que o casamento historicamente teve sentidos diversos e serviu diferentes funções.

Até ao século XVIII, os casamentos eram combinados pelos pais, no interesse das estratégias económicas e políticas familiares. Então os casamentos duravam, eram “estáveis”, na medida em que visavam finalidades perenes (assegurar a descendência e a transmissão do nome e do património de família), que nada tinham a ver com coisas que podem ser efémeras, como os afectos. Os afectos realizavam-se fora do casamento. Os homens faziam-no mais ou menos abertamente (lembramos que, ainda no Código de 1867, o adultério do homem só constituía fundamento de divórcio quando cometido com “escândalo público” ou com “completo desamparo” da mulher). As mulheres secretamente e às vezes pagando-o com a vida. Ou, pelo menos, com a honra<sup>18</sup>.

---

17 António Barreto (2002, p. 75), analisando a transformação social em Portugal entre 1960 e 2000, considera que a mudança social e económica foi particularmente rápida a partir de 1974, encontrando-se “mais diferenças entre o país de 2000 e o de 1974 do que, por exemplo, entre 1980 e 1960”, concluindo que, “salvaguardada a esfera política, os vinte e cinco anos que sucederam a 1974 foram muito mais drásticos na mudança do que os vinte anos contados a partir de 1960”.

18 “A história do adultério é a história de um modelo de comportamento duplo, segundo o qual eram toleradas ao homem as suas ligações extra-conjugais, enquanto as das mulheres o não eram” (Sara F. Matthews, 1991, p. 113).

As mais das vezes, porque “o preço a pagar para disporem dos seus próprios corpos e afectos era muito superior ao que era pago pelos homens”<sup>19</sup>, renunciavam aos afectos.

8. Só a partir do século XVIII, com o Romantismo, se começa a desenhar um novo modelo de casamento, “um modelo mais afectivo, [ ... ] baseado na compatibilidade de sentimentos e na atracção sexual mútua”<sup>20</sup>, o que implicou o reconhecimento de uma maior autonomia na escolha do cônjuge. Com “a conciliação do amor, do sexo e do casamento”, acreditou-se que seria possível aliar a liberdade e a felicidade do “casamento por amor” à segurança do “casamento para a vida”. Acreditou-se que, centrando o casamento nos afectos e na livre escolha, se tornava mais forte o casamento. Ilusão. Ao aceitar-se o “casamento por amor”, estava, ao mesmo tempo, a abrir-se a porta à sua vulnerabilidade. Porque os afectos, por definição, são frágeis. Os que parecem perenes podem esfumar-se, porque a vida os desgastou ou porque surgiram novos afectos.

Reconhecê-lo não foi historicamente fácil.

As primeiras gerações que casaram “por amor” não tiveram a coragem ou a possibilidade real de o fazer.

“Casaste porque quiseste, com quem quiseste, agora *aguentas*.” Assim parecia entender a lei, ao só admitir o divórcio por via litigiosa na sequência de situações extremas. Ou mesmo quando, ao introduzir o divórcio por mútuo consentimento, só o admitia após alguns anos de casamento – uma espécie de “castigo” aos cônjuges, por terem feito uma escolha errada. Assim julgava a sociedade e as famílias, condenando a um semi-ostracismo os divorciados. Assim acreditavam, até, os cônjuges mal-casados, iludindo-se com a crença de que, salvo em situações extremas, um “mau casamento” era preferível a um divórcio. Quantos homens, quantas mulheres, nem perante si próprios tinham coragem para reconhecer até que ponto eram infelizes no casamento ...

9. Mas não era só a falta de coragem, uma quase vergonha, de reconhecer o fracasso de um casamento. Era também a impossibilidade prática de tirar as consequências daí resultantes.

Desde logo, porque o casamento constituía um “reduto de protecção” ou uma forma de “organização prática de vida”.

Para as mulheres, sem dúvida. Com pouca escolarização, em regra não trabalhando profissionalmente, com escassa possibilidade de acesso a profis-

19 Sara F. Matthews, p. 115.

20 Sara F. Matthews, p. 116.

sões bem remuneradas e mesmo ao espaço público, muitas vezes com elevado número de filhos, estava-lhes praticamente vedado o acesso à independência económica. Mesmo tendo rendimentos de família, ou recebendo do marido “pensão de alimentos”, a sociedade aceitava mal que vivessem com autonomia, significando o divórcio o seu regresso à casa e à tutela paterna ou o acolhimento por algum parente.

O casamento representava também um modo prático de sobrevivência para os homens. Num tempo em que a sociedade lhes reservava o papel exclusivo de suporte económico da família, vendo-os como intrusos no espaço doméstico, a intervenção feminina era indispensável à organização da sua vida quotidiana<sup>21</sup>. Para além disso, em épocas de baixas remunerações, de baixo nível de vida generalizado, não era possível, salvo a um escasso número de privilegiados, suportar os encargos resultantes do divórcio – pagar a pensão de alimentos à mulher e aos filhos, muitas vezes numerosos, manter-se a si próprio, suportar economicamente uma nova família que viesse a constituir.

Por isso, até há poucas décadas, o divórcio, mesmo quando viável pela lei e desejado pelos cônjuges, era na realidade raro. Significava isso que os casais, que as famílias, fossem felizes? Não. Quantas vidas tristes, quantos dias de solidão e de lágrimas, se esconderam por detrás das imagens de casais felizes... Quantos pequenos-almoços foram como aquele de que se fala no poema em epígrafe de Jacques Prévert...

10. Só a transformação social das últimas décadas veio criar as condições que tornaram possível concretizar o divórcio, naqueles casos em que é desejado pelos cônjuges.

Penso, antes de mais, como é óbvio, na melhoria generalizada do nível de vida, na maior escolarização dos jovens, muito especialmente das raparigas<sup>22</sup>, que lhes permitiu o acesso a profissões mais bem remuneradas, na generalização

---

21 Não será esta imagem do casamento como forma de organização do trabalho que subjaz a textos críticos da alteração do regime jurídico do divórcio, onde se comparam as possibilidades de “despedimento” do cônjuge com as soluções previstas na legislação laboral? Ver, por todos, Gonçalo Portocarrero de Almada, “Quer uma relação para toda a vida? Faça um contrato de trabalho, mas não case! Moral de uma história imoral”, no *Público* de 20 de Setembro de 2008.

22 Na composição sexual da população estudantil, Portugal, no fim da década de 90 do século XX, distinguia-se já de outros países por ser o país onde as mulheres a frequentar o ensino superior eram mais nitidamente maioritárias: 130 mulheres para 100 homens. Percentagens próximas das da Suécia (124) Dinamarca (122) e França (121), mas bem superiores às de outros países europeus (Alemanha, Grécia, Holanda e Áustria), em que o número de homens no ensino superior suplantava o de mulheres. Entre os alunos matriculados no ensino superior, a proporção de mulheres passou de 29% em 1960 para cerca de 57% em 1995. Entre os estudantes que concluíram os cursos superiores, a proporção passou de 25% para 63% (António Barreto, 2002, pp. 39-40, e também, com mais pormenorizados indicadores sociais, 2000, pp. 45-46).

do trabalho profissional da mulher<sup>23</sup>, na redução das diferenças salariais entre homens e mulheres, com a progressiva implantação do princípio “para trabalho igual, salário igual”, na menor diferenciação dos papéis do homem e da mulher na sociedade e na família, na evolução dos costumes, que fez cair as barreiras que interditavam à mulher o acesso à generalidade da vida comunitária.

É reconhecido que “uma sociedade extremamente ‘masculina’ e patriarcal está a dar nascimento, de modo acelerado, a uma sociedade com muito mais elevados padrões de igualdade entre os sexos”<sup>24</sup>. Sem termos ainda uma sociedade igualitária, temos, sem dúvida, uma sociedade que reconhece à mulher incomparavelmente mais liberdade e igualdade do que há três décadas. Que lhe reconhece o direito de escolher a sua forma de vida e o modo de viver as suas ligações afectivas. Hoje, não há custos sociais significativos que uma mulher tenha que pagar por ser solteira, unida de facto ou divorciada. Por ter ligações amorosas não formalizadas por um casamento. Por viver sozinha ou acompanhada por quem quiser.

11. E não foi tudo. Na sociedade portuguesa muitas outras coisas mudaram nos últimos trinta anos, que transformaram profundamente as formas e condições de vida das pessoas e dos casais.

Pense-se, por exemplo:

- No êxodo das zonas rurais para as cidades;
- Nas novas formas de vivência urbana, desenvolvida sobretudo a partir de subúrbios mal servidos de transportes, de onde as pessoas partem antes do amanhecer e regressam cansadas depois de caída a noite, sem tempo nem disponibilidade para o convívio familiar;
- Na redução da dimensão das habitações, que contribuiu para a redução do número de filhos e impediu o acolhimento da geração mais velha;
- Na diminuição drástica das taxas de natalidade;
- Na melhoria dos cuidados de saúde e no conseqüente adiamento da idade da velhice;
- Na liberalização e laicização dos costumes, nomeadamente na sequência da maior abertura do país ao mundo além fronteiras, através da emigração e imigração, do turismo, do acesso generalizado aos meios de comunicação social.

---

23 As mulheres constituem praticamente metade da população activa empregada, sendo ligeiramente maioritárias nos sectores primário e terciário e minoritárias no secundário. Em 1960, não deveriam representar mais de 20% a 25% da população activa (António Barreto, 2000, p. 41).

24 António Barrete, 2000, p. 40.

Todos estes factores se repercutiram nas condições de vida das famílias. Em regra de forma favorável, melhorando as condições materiais de vida, os espaços de liberdade, o grau de saúde, a esperança de vida.

Mas inevitavelmente com custos. E um deles foi a maior vulnerabilidade das famílias, um maior risco de desgaste das relações conjugais, uma maior exposição a factores de risco.

E, para aumentar a complexidade da situação, esta erosão dos vínculos dos casais acontece ao mesmo tempo em que crescem as aspirações pessoais de felicidade (fala-se, até, num “direito à felicidade”) e se tornam mais intensas as expectativas postas nas ligações amorosas. Perante relações laborais impiedosas e de dura competição, perante uma sociedade massificada de cidadãos anónimos, perante a solidão e o isolamento que constituem o reverso da maior liberdade da vida urbana, espera-se tudo da família ou, mais concretamente, da relação conjugal<sup>25</sup>. Dela se esperam todas as compensações afectivas que não se encontraram no trabalho ou no relacionamento social. Espera-se provavelmente demais. Daí à desilusão é um pequeno passo.

12. Esta transformação social impulsionou as reformas legislativas em matéria de divórcio da viragem do século XX, que facilitaram e tornaram mais rápida a obtenção do divórcio, litigioso e por mútuo consentimento, e o desdramatizaram, passando competências dos tribunais para as conservatórias do registo civil.

O Decreto-Lei nº 131/95, de 6 de Junho, que aprova o novo Código do Registo Civil, permite que o divórcio por mútuo consentimento seja requerido e decidido nas conservatórias, se não houver filhos menores ou se, havendo-os, o poder paternal já tiver sido judicialmente regulado.

A Lei nº 47/98, de 10 de Agosto, admite o divórcio por mútuo consentimento “a todo o tempo”, eliminando quaisquer exigências quanto à duração do casamento. Em matéria de divórcio litigioso com base em separação, reduz prazos - de seis para três anos (ou mesmo um ano, quando não haja oposição ao requerimento de divórcio), no caso da separação de facto, de quatro para dois anos, no caso da ausência.

O Decreto-Lei nº 272/2001, de 13 de Outubro, torna o divórcio por mútuo consentimento da competência dos conservadores do registo civil mesmo não havendo prévia regulação do exercício do poder paternal, elimina a segun-

---

25 Para os cidadãos europeus, “o sucesso numa ‘vida a dois’ é a maior aspiração contemporânea, é a ‘nova religião’ que faz mover os indivíduos”, como referiu o Prof Guilherme de Oliveira na intervenção na Assembleia da República a 25 de Setembro de 2008, citando também, nesse sentido, Anália Torres.

da tentativa de conciliação e torna mesmo dispensável o período de reflexão posterior à primeira conferência, ao estabelecer que, se desta não resultar a conciliação, o divórcio é decretado (art. 14.º, n.º 3)<sup>26</sup>.

Foram reformas muito profundas. Nenhuma delas teve que se confrontar com movimentos de opinião de sentido crítico significativos nem da sua aplicação resultaram convulsões sociais. Porque se tratou, mais uma vez, de pôr o direito de harmonia com a realidade.

13. É na sequência deste movimento reformista que foi publicada a Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro, que prevê um novo regime jurídico do divórcio, subordinado a um novo paradigma, e, para além disso, introduz alterações significativas no exercício após o divórcio do até então chamado “poder paternal”. Apesar de, como dissemos<sup>27</sup>, o processo legislativo ter conhecido alguma *turbulência* – que envolveu tomadas de posição pública de diversas entidades<sup>28</sup>, uma petição *on-line* à Assembleia da República, o veto do Presidente da República à versão da lei inicialmente aprovada na Assembleia e a promulgação da versão corrigida<sup>29</sup> com a recomendação de que fossem tomadas precauções especiais na sua aplicação<sup>30</sup> – a lei foi aprovada na Assembleia da República por uma larga maioria<sup>31</sup> e, uma vez publicada, deixou de merecer especial atenção pública.

14. A alteração mais polémica consistiu na substituição do divórcio litigioso, fundado na violação culposa dos deveres conjugais ou na ruptura da vida em comum, pelo “divórcio sem consentimento de um dos cônjuges”, em caso de ruptura do casamento (art. 1781.º).

De acordo com a nova lei, há factos que, em si mesmos, mostram essa ruptura, como a separação de facto, a alteração grave das faculdades mentais e a ausência, quando durem há mais de um ano. Mas, para além destas situações, admite-se a relevância de “quaisquer outros factos que, independentemente da culpa dos cônjuges, mostrem a ruptura definitiva do casamento” (art. 1781.º, al. d)).

---

26 Não se compreende assim o sentido da manutenção do n.º 1 do art. 1776.º, relativo à primeira conferência, onde se prevê o período de reflexão (cfr. Heinrich Ewald Horster, 2004, p. 68, nota 29).

27 *Supra*, n.º 1.

28 Nomeadamente, em sentido crítico, a Associação Portuguesa das Mulheres Juristas (APMJ) e a Associação Sindical dos Juizes Portugueses (ASJP); em sentido favorável, a Associação Portuguesa de Apoio à Vítima (APAV) e a União de Mulheres Alternativa e Resposta (UMAR).

29 As alterações incidiram nas normas sobre o crédito de compensação e os alimentos (ver *infra*, n.ºs 20 e 21).

30 Cfr. *supra*, nota 3.

31 Cfr. *supra*, nota 2

Com esta alteração, procurou criar-se uma “porta de saída” para os chamados “casamentos mortos” em que um dos cônjuges não consinta no divórcio. Mas a porta não é escancarada<sup>32</sup>, é apenas um tanto aberta<sup>33</sup>. Na verdade, não se consagra o divórcio por decisão unilateral de um dos cônjuges<sup>34</sup>, pois se exige sempre a prova judicial da ruptura objectiva do casamento<sup>35</sup>.

Haverá quem diga que, a ser assim, a nova lei pouco traz de novo em matéria de fundamentos do divórcio. Que não existe uma diferença muito grande entre os factos que hoje são invocados para comprovar a violação dos deveres conjugais e os que na nova lei comprovarão a ruptura definitiva do casamento.

É também possível que al. *d*) do art. 1781.º venha a ser pouco usada (salvo em casos extremos, por exemplo de violência ou de infidelidade), preferindo o cônjuge que se quer divorciar seguir o caminho mais paciente, mas de resultados seguros, de se separar previamente de facto por um ano, em vez de optar pela via mais rápida, mas com resultados contingentes, de invocar a ruptura definitiva do casamento.

É provável até que a diminuição da duração da separação de facto justificativa do divórcio de três para um ano se venha a revelar a alteração de maior alcance prático da nova lei.

15. Mesmo que assim seja, a mudança do paradigma do divórcio – a passagem do “divórcio com base na culpa” para o “divórcio com base na ruptura objectiva” - não se torna menos significativa.

Desde logo, porque põe o direito em harmonia com a vida. Todos sabem que, na maior parte das situações de divórcio, há culpas partilhadas. Às vezes,

---

32 Não há portanto na nova lei “uma porta de saída” para todas as situações em que um dos cônjuges pretenda pôr termo ao casamento sem o acordo do outro, por considerar que este “já não satisfaz as suas expectativas de felicidade” (como defende Fidélia Proença de Carvalho, 2004, p. 589).

33 Mais aberta na lei do que no anteprojecto inicialmente apresentado. Neste, a referência aos factos que, independentemente da culpa dos cônjuges, mostrem a ruptura definitiva do casamento era de certo modo travada pela fórmula exemplificativa “designadamente por força da violação dos direitos fundamentais do requerente”, da qual transparecia a ideia de que, na base do pedido de divórcio, tinham de estar comportamentos inadmissíveis ou circunstâncias insustentáveis por parte do cônjuge contra quem era pedido o divórcio.

34 Como tem sido propugnado pelo Bloco de Esquerda.

35 Claro que a “ruptura definitiva do casamento” é um conceito indeterminado, a preencher no processo judicial. E daí advirão sem dúvida dificuldades para os profissionais do foro, sobretudo para o juiz, a quem cabe a decisão final. Mas esta dificuldade que constituiu um dos pontos de crítica da Associação Sindical dos Juizes Portugueses - é inevitável. A aplicação concreta da norma às circunstâncias da vida constitui a essência da função judicial. Daí advém a dificuldade desta função. Mas também a sua dignidade.

as aparências são mesmo ilusórias, e o cônjuge que aparece como culpado é na realidade o inocente. Outras vezes, a culpa não é de ninguém. Ou nem sequer se pode falar propriamente de culpa<sup>36</sup>.

Não ignoro que há situações em que não é assim, nomeadamente nos casos de violência doméstica, em que há claramente um agressor e uma vítima. É verdade que nessas circunstâncias se é facilmente tentado a querer usar o divórcio como forma de punição<sup>37</sup>. Mas creio que a solução da nova lei, de não criar um regime especial de divórcio para essas situações<sup>38</sup> – como preconizava o Presidente da República<sup>39</sup> e a APMJ] –, deixando para o processo penal a determinação das responsabilidades penais e civis, e para os terapeutas a identificação dos papéis, o cura do sofrimento da vítima e, quando possível, o tratamento do agressor, é o melhor caminho. As razões que militam em favor da diminuição da litigiosidade do processo de divórcio também se verificam nestas situações, especialmente quando haja filhos.

16. A redução da conflitualidade do processo é precisamente a segunda grande razão justificativa da mudança do paradigma legal do divórcio. Desaparece totalmente o conflito? Claro que não, a ruptura tem que ser provada, e por isso o processo de divórcio por ruptura é sempre judicial. Mas é menos

---

36 “Culpa de quê? De se ter perdido o interesse na relação matrimonial? Se culpa há, ou é dos dois ou é muito provavelmente da vida, isto é, de ninguém” (Patrícia Rocha, 2004, p. 538).

37 Assim entende a APMJ na Exposição dirigida a 15 de Setembro de 2008 ao Presidente da Comissão Parlamentar de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias (disponibilizada em [www.apmj.pc](http://www.apmj.pc)), por considerar que “as mulheres vítimas de violência doméstica [ ... ] precisam que, nos processos de divórcio, os tribunais de família reconheçam o seu sofrimento e a culpa do agressor” (ponto II).

38 Tanto mais que a própria APMJ reconhece (ponto IV da Exposição) que, em sede de processo de divórcio, “a violência doméstica [é] muito difícil de provar”.

39 Na Mensagem enviada ao Presidente da Assembleia da República, aquando da não promulgação do diploma (ponto 4). Na mesma Mensagem é também criticado o facto de o agressor poder pedir o divórcio “independentemente da vontade da vítima de maus tratos”. Mas essa possibilidade já existe desde 1977, pela via da separação de facto.

Além disso, como refere António Correia de Campos (“Estranha mensagem”, no *Público* de 30 de Agosto de 2008), o que se verificava na prática era exactamente o contrário, ou seja, a mulher via-se com frequência obrigada a aceitar uma violência “continuada, intramuros, por vezes silenciosa e sem marcas visíveis”, pela dificuldade de a provar em processo de divórcio, ou a “estar por tudo” para obter o divórcio, a ceder “onde não queria nem devia, para se ver livre de uma união que chegou ao fim”.

No mesmo sentido a APAV, que, com base na sua longa experiência de atendimento de mulheres vítimas de violência, afirma que, como anterior regime, estas não se conseguiam “ver livres de um marido agressor, que usa a concessão do divórcio como chantagem e como meio de pressão da continuação do controlo”. Também a UMAR, através do seu Observatório das Mulheres Assassinadas, conclui que “a maioria de casos de mulheres assassinadas em contextos de violência doméstica tem a ver com situações em que elas se querem separar e eles não aceitam a separação” (“Associação de Apoio à Vítima contradiz fundamentos do veto”, texto de Fernanda Câncio, no *Diário de Notícias* de 21 de Agosto de 2008).

dramático, menos destruidor, provar a ruptura objectiva do que provar “pecados contra o casamento”.

Toda a gente sabe, e muito melhor os que trabalham nos tribunais, que “as tradicionais alegações e provas de factos culposos transformam os processos de divórcio em batalhas degradantes e violentas”<sup>40</sup>. A própria lógica do contraditório determina a escalada da violência, pois cada um dos cônjuges, para obter ganho da sua pretensão, tem que lançar mão a tudo o que pode para provar a “culpa” do outro. Para tal, vale tudo. Agravar pecadilhos, ressuscitar pequenas ofensas e conflitos já esquecidos, sobrevalorizar problemas e desavenças da vida quotidiana, manipular os filhos e jogá-los contra o cônjuge. Vale até “destruir as memórias felizes que conservavam do outro e as ilusões para o futuro”<sup>41</sup>.

Todo a gente sabe isto. E a sociedade compreendeu-o mais depressa que o direito, deixando praticamente “cair” o divórcio litigioso que não representa senão 6% dos processos de divórcio<sup>42</sup>. Ninguém acredita que nos 94% de casais que se divorciaram por mútuo consentimento ambos desejassem o divórcio de igual forma. Mas aquele que não queria o divórcio preferiu aceitar-lo a suportar os custos de um processo litigioso, mesmo que o viesse a ganhar.

Significa a mudança de paradigma que o processo de divórcio vai deixar de ter custos? Claro que não. Não há divórcio sem custos. São pelo menos inevitáveis os custos resultantes do “falhanço de um projecto comum de vida”, da “perda individual”<sup>43</sup> inerente às separações de vidas, mesmo se desejadas. Mas terá seguramente menores custos. E esse é um ganho imenso.

17. Foi também a pretensão de reduzir as margens de litigiosidade e de dar relevo aos espaços de consenso que levou a lei a não condicionar o divórcio por mútuo consentimento aos acordos complementares (exercício do poder paternal ou, na nova linguagem, das responsabilidades parentais, partilha de bens, prestação de alimentos e destino da casa de morada de família). Mesmo não havendo acordo quanto a estas questões, o divórcio pode ter lugar por mútuo consentimento, embora por via judicial, para que o juiz decida as questões complementares em relação às quais os cônjuges não conseguiram pôr-se de acordo (art. 1778.º -A). Procura evitar-se tanto a conflitualidade inerente ao divórcio litigioso, como o recurso à casa, aos bens

40 Guilherme de Oliveira, 2008, ponto 4, *b*).

41 Fidélia Proença de Carvalho, p. 590.

42 Em 1980, os divórcios litigiosos representavam 38% do total. A percentagem era já de 14% em 2002 e fíxou-se em 6% em 2005 (“Exposição de Motivos” do anteprojecto de alterações ao regime jurídico do divórcio, ponto 1.1).

43 Fidélia Proença de Carvalho, p. 587.

e alimentos e especialmente aos filhos como “moeda de troca” para “dar” o divórcio por mútuo consentimento.

18. As restantes alterações são consequências lógicas dos paradigmas do casamento e do divórcio por que se orienta a lei. São, a nosso ver, soluções razoáveis, ponderadas e introduzidas com as cautelas necessárias à protecção de todas as pessoas envolvidas, pelo que nem se compreende muito bem o “drama” que se gerou à volta de algumas delas. Pensamos, está bem de ver, na partilha dos bens, nos “créditos de compensação”, no direito a indemnização e a alimentos e na regulação do exercício das “responsabilidades parentais”.

19. Em matéria de partilha de bens, as modificações introduzidas nos arts. 1790º e 1791º levantaram polémicas injustificadas e desmedidas, nomeadamente tendo em conta o seu escasso campo de aplicação prática. O primeiro artigo considera que nenhum dos cônjuges pode na partilha receber mais do que receberia se o casamento tivesse sido celebrado segundo o regime da comunhão de adquiridos; o segundo estabelece que cada cônjuge perde os benefícios recebidos ou a receber em consideração do estado de casado. Estas limitações, no regime anterior, visavam apenas o cônjuge declarado “único ou principal culpado”. Suprimida a noção de ‘culpa, seria inviável manter a redacção das normas.

Mas, para além desta “razão técnica”, subjaz à nova formulação dos artigos o reforço do movimento de “despatrimonialização” do casamento<sup>44</sup>, ou seja, da ideia de que o casamento não é um meio eticamente legítimo de adquirir património<sup>45</sup>, que levava já a substituir, no Código Civil de 1967, o regime da comunhão geral de bens como regime supletivo pelo regime da comunhão de adquiridos<sup>46</sup>.

Nos nossos dias, o regime da comunhão geral não tem qualquer alcance prático, pelo que a alteração prevista na lei só terá repercussão relativamente a pessoas casadas anteriormente a 31 de Maio de 1967<sup>47</sup> e que hoje se pretendam

44 Guilherme de Oliveira, 2008, ponto 3, a).

45 Como sempre ensinou o Prof. Pereira Coelho (ver, por exemplo, 1965, p. 265).

46 E, se não se excluiu então o regime da comunhão geral como regime convencional, à semelhança do que se verificara já noutros países, proibiu-se pelo menos que fosse adoptado em situações que se consideravam como propiciadoras de abusos – os casamentos urgentes, celebrados sem processo preliminar de publicações, e os casamentos de pessoas com mais de 60 ou de 50 anos, consoante fossem do sexo masculino ou feminino. A reforma de 1977 suprimiu a distinção da idade consoante os sexos, “que parecia menos conforme ao princípio constitucional [...] da não discriminação em função do sexo” (Francisco Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira, 2008, p. 477).

47 Cfr. o art. 15.º do Decreto-Lei n.º 47 344, de 25 de Novembro de 1966, que aprova o Código Civil.

divorciar. Não serão certamente muitas. E, dessas, quantas se terão casado em regime de comunhão geral não porque verdadeiramente o desejassem, mas apenas porque esse era o regime supletivo, e afastá-lo era mal visto socialmente, por indiciar “desconfiança” da pessoa do futuro cônjuge ...

Seja como for, os tempos mudaram, mesmo para aqueles que se casaram há muitos anos. No tempo em que o regime legal era o da comunhão geral, os casamentos eram pensados “para a vida”. Hoje os casamentos tornaram-se contingentes, mesmo os de pessoas mais velhas, pelo que não faz sentido manter normas que podiam ter sentido outrora, mas hoje são vistas como fonte de locupletamento de um dos cônjuges à custa do outro.

Para situações de carência que possam advir do divórcio, e que o cônjuge que não lhe “deu origem” não consiga ultrapassar por si próprio, existe a obrigação de pagar alimentos, que deve precisamente ser fixada tendo em conta as condições concretas do casamento e a situação pessoal de quem deles carece.

20. Igual ou maior perplexidade suscita a polémica acerca dos “créditos de compensação” (art. 1676.º, nºs 2 e 3).

Na base destes créditos está, mais uma vez, a ideia de que o casamento não é nem um meio legítimo de enriquecer, nem um modo de vida que assegure a um dos cônjuges a realização pessoal à custa do sacrifício do outro. Assim sendo, as responsabilidades resultantes do envolvimento num projecto matrimonial devem ser partilhadas pelos cônjuges dum modo equitativo e cada um deles deve contribuir para os encargos da vida familiar de harmonia com as suas possibilidades (art. 1676.º). Se contribuir em medida superior àquela a que está obrigado, deve ter direito, pelos princípios gerais do direito civil, a ser devidamente compensado, pelo menos no momento em que o casamento se dissolve.

A reforma de 1977, certamente pensando na realidade da vida dos casais, onde não é possível tudo contabilizar e onde os cônjuges, quando se entendem, vão encontrando de modo informal formas justas de partilhar despesas e encargos, optou por consagrar a presunção da renúncia a esse direito (art. 1676.º, nº 2). Mas, sabendo que esse entendimento e essa partilha justa nem sempre se verificam, sobretudo nos casamentos que terminam por divórcio, limitou-se a consagrar uma presunção ilidível, que poderá ser afastada por prova em contrário.

Na Lei nº 61/2008 segue-se um caminho diferente. Suprime-se a presunção de renúncia mas restringe-se o direito a compensação aos casos em que a contribuição de um dos cônjuges para os encargos da vida familiar tenha sido “consideravelmente superior” ao devido, por ter renunciado “de forma

excessiva à satisfação dos seus interesses em favor da vida em comum, desigualmente à sua vida profissional, com prejuízos patrimoniais importantes” (art. 1676.º, n.º 2). Para além disso, estabelece-se que o crédito só é exigível no momento da partilha dos bens (art. 1676.º, n.º 3).

O reconhecimento dos “créditos de compensação” levantou alguma polémica durante o processo legislativo<sup>48</sup> e constituiu uma das razões para a não promulgação inicial do diploma pelo Presidente da República, que alegou que desse reconhecimento “emerge uma visão contabilística do casamento”, “em que cada um dos cônjuges é estimulado a manter uma ‘conta corrente’ das suas contribuições”<sup>49</sup>.

Uma tal “visão contabilística” do casamento, a existir, também está presente noutras normas que sempre foram aceites de forma pacífica. Pensamos, por exemplo, na obrigação de os cônjuges contribuírem para os encargos da vida familiar “de harmonia com as possibilidades de cada um” ou na valorização económica “do trabalho despendido no lar ou na manutenção e educação dos filhos” (art. 1676.º, n.º 1). Também essas exigências legais obrigam a fazer algumas contas e cálculos ... Mas – deixemo-nos de fantasias! – é sabido que o casamento, não sendo um “acerto contabilístico”, obriga a fazer contas e a planear o modo de custear as despesas. Como não se vive de “o teu amor e uma cabana”, é necessário encontrar soluções equitativas para as questões económicas e para as responsabilidades da vida diária. Se tudo é deixado ao acaso, e fácil resvalar para situações de abuso, que acabarão por envenenar o casamento.

---

48 Para além disso, da alteração legal extraíram-se conclusões indevidas, o que provocou uma certa desorientação na opinião pública. *Assim*, afirmou-se que, quando o marido aufera, por exemplo, 5000 euros por mês e a mulher 1000, aquele ficará na partilha com 5/6 do património que tenham reunido na constância do casamento e a mulher com 1/6 (Isilda Pegado, “O Zé e a Ana na nova lei do divórcio”, no *Público* de 25 de Junho de 2008). Esta afirmação está obviamente errada. A nova lei não altera nem as normas respeitantes ao dever de assistência nem as respeitantes aos regimes de bens do casamento. Estando os cônjuges, pelo dever de assistência, obrigados a contribuir para os encargos da vida familiar “de harmonia com as possibilidades de cada um”, através da afectação dos seus recursos ou do trabalho despendido no lar ou na manutenção e educação dos filhos (art. 1676.º, n.º 1), quem ganha mais deve contribuir com mais e daí não lhe advém nenhum crédito; em contrapartida, se um deles, normalmente a mulher, só contribuir com o trabalho doméstico, por não exercer uma profissão remunerada nem ter outros rendimentos, não fica por isso devedor de nada. E a partilha é feita segundo as normas da comunhão de adquiridos, ou seja, dividindo em partes iguais todos os bens comuns. E são bens comuns os vencimentos do trabalho, mesmo aquela parte que, por exceder o necessário para as despesas domésticas, tenha sido amealhada por qualquer dos cônjuges. Como são bens comuns os adquiridos com esse excedente. Todo esse património comum é partilhado em partes iguais na altura do divórcio, independentemente do contributo concreto de cada um dos cônjuges para a sua formação.

49 Mensagem à Assembleia da República, ponto 10.

A justificar-se alguma polémica, seria, a meu ver, no sentido contrário, ou seja, no sentido de saber se não se deveria ir mais longe, reconhecendo-se o direito a compensação não só no caso de renúncias profissionais de consequências económicas desastrosas, mas também noutras situações de contributo excessivo para os encargos da vida familiar.

Creio que o alargamento das circunstâncias susceptíveis de determinar créditos de compensação teria em melhor conta a situação das mulheres, que tendem a afectar de modo desproporcionado as suas disponibilidades económicas às necessidades familiares e que, mesmo quando não fazem as renúncias profissionais radicais que a nova redacção do n.º 2 do art. 1676.º exige, dedicam muito mais horas que os homens à casa e aos filhos.

Seria justo, portanto, que, pelo menos nos casos de divórcio, obtivessem uma compensação por todo esse excesso, e as regras relativas à partilha dos bens podem não ser suficientes para repor a igualdade. Seria um meio bem mais adequado para proceder ao “acerto das contas” do que o pedido de alimentos, pois estes arrastam polémicas e conflitos ao longo de toda uma vida, sem permitir o sarar das feridas.

21. As consequências económicas e patrimoniais do divórcio – alimentos e indemnizações – são reguladas sob um novo olhar.

Pensava-se até há pouco que quem rompe um casamento deve “pagar” por isso. A pensão de alimentos e a reparação dos danos causados pela dissolução do casamento (art. 1792.º, n.º 2) eram as “penas” com que se punia o rompimento do casamento. Daí a importância que assumia, no anterior regime, a determinação da culpa no divórcio<sup>50</sup>.

Estas “punições” desaparecem na nova lei. Porque romper um casamento não é um crime que mereça punição. Porque casar não é fazer um “seguro de vida”, um “seguro patrimonial”<sup>51</sup>, que garanta a subsistência para todo o sempre, muito menos com um nível de vida idêntico àquele de que se usufruiu durante o casamento.

Assim, o direito a alimentos é desligado da fixação da culpa (art. 2016.º) e circunscreve-se ao essencial de toda e qualquer obrigação alimentar – a

---

50 Na prática, a pensão de alimentos serviu finalidades bem pouco nobres. Serviu muitas vezes de “moeda de troca” para “dar” o divórcio. Serviu de meio de chantagem. Uma pensão substancial, que permitisse manter o trem de vida que se levava até aí, era o preço a pagar para obter o acordo para um divórcio por mútuo consentimento. Será a este obscuro negócio que a APMJ se quer referir quando alega que, com a nova lei, as mulheres perderam “poder negocia!”?

51 Guilherme de Oliveira, 2008, ponto 3, b).

assistência de quem precisa por quem pode. E as indenizações são apenas aquelas a que se tenha direito segundo os princípios gerais da responsabilidade civil, salvo no caso de pedido de divórcio com base na alteração das faculdades mentais, em que subsiste a indenização pelos danos não patrimoniais causados pela dissolução do casamento (art. 1792.º, n.º 2).

Aqui, mais uma vez, a nova lei veio pôr o direito de acordo com a realidade. Para as novas gerações – em que as mulheres são por regra mais escolarizadas que os homens, em que o seu trabalho profissional é de regra, em que usufruem de um espaço significativo de autonomia e consideram como elemento integrante da sua dignidade pessoal a possibilidade de não dependerem economicamente de nenhum homem – a eventualidade de receberem uma pensão de alimentos para si próprias soa como um anacronismo, quase como uma humilhação.

E creio que as novas gerações nem entendem muito bem o que é isso de indemnização derivada do facto de uma pessoa ter deixado de ser casada. Em que é que o facto de se não ser casado, ou de se ter deixado de o ser, constitui hoje uma desvalorização que mereça ser reparada<sup>52</sup>?

Mas as soluções consignadas na nova lei, embora reflectam a nova e dominante realidade social, estão atentas a outras realidades que também se verificam na nossa sociedade, como a situação das pessoas mais velhas ou mais fragilizadas por circunstâncias pessoais.

E por assim ser é que, mesmo não sendo o divórcio e as suas consequências determinados pela culpa, não são irrelevantes as condições concretas em que aquele teve lugar.

Assim, na fixação do montante dos alimentos – quando excepcionalmente sejam devidos, pois, por princípio, “cada cônjuge deve prover à sua subsistência, depois do divórcio” (art. 2016.º, n.º 1)<sup>53</sup> – deve o tribunal tomar em conta as circunstâncias do caso, nomeadamente a duração do casamento, a colaboração prestada à economia do lar, a idade e o estado de saúde dos cônjuges, as suas qualificações profissionais e possibilidades de emprego, o tempo que terão de dedicar à criação dos filhos comuns (art. 2016.0-A, n.º 1).

52 Continuar a considerar danos indemnizáveis “a solidão resultante da dissolução do casamento” e “os sentimentos de frustração, instabilidade e insegurança emocional daí decorrentes” (Ângela Cerdeira, 2004, p. 605) é esquecer que a insegurança é uma característica inerente à sociedade dos nossos dias. Hoje, tal como já não há cidades seguras ou empregos seguros, também já não existem amores seguros ...

53 Na versão inicial da lei, estabelecia-se ainda que a obrigação de alimentos devia ser estabelecida, salvo razões ponderosas, por um período limitado, embora renovável (art. 2116.0-B). Esta norma foi eliminada na reapreciação da lei posterior ao veto presidencial.

Muitos dirão que tal não é suficiente e que se desprotege a mulher. Eu não penso assim. As mulheres, numa luta de séculos pela igualdade, souberam sempre que não podem pretender, ao mesmo tempo, a autonomia e a liberdade – de decidirem a sua própria vida, de assumirem os seus afectos, de acederem ao espaço público, à vida cívica e ao trabalho profissional – e a segurança da protecção de um homem, seja ele o pai, o marido ou o ex-marido<sup>54</sup>. Souberam sempre que é preciso fazer escolhas e aceitar correr riscos. Porque não é possível conciliar o inconciliável.

Outros criticarão que o cônjuge que deu origem ao divórcio também possa ter direito a alimentos. Mas essa possibilidade já existia (art. 2016.º, nºs 1 e 2) e decorre das normas da obrigação de alimentos – que não se baseia numa lógica de méritos e deméritos<sup>55</sup>, mas sim na necessidade de quem os recebe e na capacidade de quem os presta –, aliadas a princípios de equidade. De qualquer forma, introduz-se uma cláusula de segurança, que impeça situações chocantes, ao admitir-se que o direito a alimentos seja negado “por manifestas razões de equidade” (art. 2016.º, nº 3).

22. Também em matéria de responsabilidades parentais a nova lei consolida a evolução legislativa das duas últimas décadas. Não traz rupturas, mas sim aperfeiçoamentos.

Relembremos, mais uma vez, como caminhámos.

O Código Civil de 1967 era lacónico a este propósito, limitando-se a declarar que o exercício do poder paternal seria regulado pelo acordo dos pais, sujeito a homologação judicial, ou, não o havendo, pelo tribunal de menores (art. 1902.º, nºs 1 e 2).

A revisão de 1977 é mais explícita. Mantém a regulação por acordo, sujeito a homologação judicial, acrescentando que esta deve ser recusada se o acordo “não corresponder ao interesse do menor” (art. 1905, nº 1), ou por decisão judicial, igualmente “de harmonia com o interesse do menor”, devendo nesta ser estabelecido “um regime de visitas” ao progenitor a quem não tenha sido confiada a guarda do filho. O poder paternal “é exercido pelo progenitor a quem o filho foi confiado”

54 Como parece desejar a APMJ, ao defender (ponto V da Exposição) que o cônjuge credor tem o direito de exigir a manutenção do padrão de vida de que “beneficiou” (a expressão é sua) na constância do casamento, argumentando que o trabalho doméstico contribuiu para o nível de vida do ex-marido. Quando tal tenha acontecido, o “acerto das contas” deve ser feito através do crédito de compensação ou da partilha dos bens, na qual o trabalho doméstico é tomado em conta.

55 Só a indignidade posterior pode fazer cessar a obrigação alimentar (arts. 2019.º e 2013.º, nº 1, al. c)).

(art. 1906.º, n.º 1)<sup>56</sup>. Ao progenitor que não exerça o poder paternal é reconhecido “o poder de vigiar a educação e as condições de vida do filho” (art. 1906.º, n.º 3).

Este regime vigorou de um modo mais ou menos pacífico durante quase vinte anos. Por regra quase invariável, as mães ficavam com a guarda dos filhos e, na vida prática, rudo investiam neles, restringindo ao essencial a sua vida social e profissional, abdicando de amizades e afectos, de tempos de lazer e de convívio extra familiar. Os pais, remetidos para uma cerimoniosa posição de “visitantes” e para uma antipática função policial de “vigilantes”, dificilmente conseguiam integrar os filhos na sua vida normal e com eles estabelecer relações de proximidade gratificantes. Por força das condições em que se desenvolviam os seus contactos, o afastamento entre os pais e os filhos ia-se instalando, os laços entre uns e outros iam-se esbatendo e, com o decorrer do tempo, iam-se muitas vezes criando, na vida real, crianças “órfãs de pais vivos”.

Foram sobretudo associações de pais (homens)<sup>57</sup>, que tiveram como aliados os serviços de mediação familiar, que começaram a surgir entre nós no fim dos anos 80 do século passado, e algumas ONG, como a APMJ, que estiveram na base das alterações legislativas de 1995 e de 1999 que dão expressão legal ao direito da criança a, após o divórcio, manter um contacto de grande proximidade com ambos os progenitores<sup>58 59</sup>, salvo quando circunstâncias excepcionais exijam outra solução.

---

56 O n.º 2 do art. 1906.º prevê a possibilidade de, por acordo ou decisão judicial, se atribuir a administração dos bens ao progenitor a quem o menor não tenha sido confiado (art. 1906.º, n.º 2), parecendo assim pressupor que as mulheres, a quem em regra os filhos são entregues, têm capacidade para proporcionar cuidados e afectos, mas não para gerir bens e dinheiros... Com o passar dos anos, esta norma tornou-se incompreensível, tanto assim que a Lei n.º 84/95, de 31 de Agosto, inadvertidamente, a redige “ao contrário” (ver *infra*, nota 61).

57 Especialmente a Associação “Pais para Sempre”, ONG internacional de defesa dos direitos das crianças filhas de pais separados.

58 Em 1999, Maria Saldanha Pinto Ribeiro, em co-autoria com a APMJ, apresentou uma proposta de alteração do livro IV do Código Civil, em que se propõe a substituição da expressão “poder paternal” por “responsabilidade parental” e se advoga o exercício dessa responsabilidade, no caso de separação, no regime da “guarda conjunta”, remetendo-se o regime da guarda única para os casos residuais em que “não seja possível optar pelo regime da guarda conjunta”, devendo a decisão do tribunal ser fundamentada. Na exposição de motivos que antecede a proposta escreve-se que a “desresponsabilização de um dos progenitores” – inerente à guarda única – “gera sentimentos de autoritarismo naquele a quem é atribuída a guarda e, paralelamente, gera sentimentos de frustração, insegurança e humilhação no outro, que, desvalorizado, acaba por aceitar colocar-se, com frequência, num papel secundário, conduzindo a um progressivo afastamento do filho. Simultaneamente, o filho vê-se cada vez menos parte integrante da vida do progenitor a quem não foi confiado, mantendo com este uma relação distante e sem grande significado, que acabará, por vezes, por perder-se” (Maria Saldanha Pinto Ribeiro, 1999, p. 213).

59 Consagrando a ideia de que – no dizer de Maria Saldanha Pinto Ribeiro – após o divórcio, “se não deve escolher entre o pai e a mãe, antes escolher o pai e a mãe” (Maria Saldanha Pinto Ribeiro, Daniel Sampaio e Jorge Augusto Pais do Amaral, 1991, p. 186).

Essa ideia é expressamente afirmada na Lei nº 84/95, de 31 de Agosto, ao reconhecer que faz parte do “interesse do menor”, que o tribunal é obrigado a privilegiar, “manter com aquele progenitor a quem não seja confiado uma relação de grande proximidade”. Além disso, esta lei, mantendo como regime-regra o exercício do poder paternal pelo progenitor a quem o filho seja confiado, admite que os pais acordem no “exercício em comum do poder paternal” (sendo então o poder paternal exercido por ambos os cônjuges, em condições idênticas às que vigoram na constância do casamento) ou no “exercício misto do poder paternal” (sendo o poder paternal exercido pelo progenitor a quem o filho é confiado, mas sendo “determinados assuntos” decididos por acordo de ambos os pais) (art. 1906.º, nºs 2 e 3)<sup>60</sup>.

Poucos anos depois, a Lei nº 59/99, de 30 de Junho, reforça o exercício conjunto do poder paternal, considerando-o o regime-regra, desde que obtido o acordo dos pais (art. 1906.º, nº 1).

Em ambas as leis se continua a reconhecer que, quando o poder paternal seja exercido por um só dos cônjuges, ao outro assiste “o poder de vigiar a educação e as condições de vida do filho”<sup>61</sup>.

23. A Lei nº 61/2008 aproveita o melhor das várias experiências legislativas anteriores.

Considera que, sabendo-se que a guarda conjunta é, na generalidade das situações, a melhor forma de guarda, não faz sentido continuar a confiná-la ao modesto papel que tem desempenhado, com o argumento que os “condicionalismos culturais do nosso país não permitem a sua generalização”. Com a integração europeia, as migrações, o turismo, a comunicação social de massas, Portugal não é hoje um país significativamente diferente de outros países da União Europeia, onde esse regime está enraizado<sup>62</sup>.

Assim, o exercício em comum das responsabilidades parentais, nos termos que vigoravam na constância do casamento, passa a constituir o regime-regra,

60 Maria Saldanha Pinto Ribeiro, Daniel Sampaio e Jorge Augusto Pais do Amaral, 1991, pp. 170 ss., e António H. L. Farinha e Conceição Lavadinho, 1997, p. 52.

61 A Lei nº 84/95, provavelmente sem disso se dar conta, elimina a possibilidade de, por acordo ou decisão judicial, se confiar a administração dos bens ao progenitor a quem o menor não tenha sido confiado (art. 1906.º, nº 2), uma vez que na norma correspondente se escreve que, por acordo (e não já por decisão judicial), a administração dos bens do filho pode ser assumida “pelo progenitor a quem o menor tenha sido confiado” (redacção que se mantém na Lei nº 59/99) – disposição que não faz qualquer sentido, pois o progenitor a quem o menor seja confiado, tendo o exercício do poder paternal, tem obviamente a administração dos bens.

62 Como se afirma na “Exposição de Motivos” que antecede o anteprojecto, os portugueses actualmente aproximam-se muito dos outros europeus nas suas práticas e representações sobre o modo de encarar e de viver o casamento e a família (ponto 1).

que só poderá ser afastado pelo tribunal, por decisão fundamentada, quando seja julgado contrário aos interesses do filho (art. 1906.º, nºs 1 e 2).

Todavia, por razões de praticabilidade e de sensatez, limita-se esse exercício em comum “às questões de particular importância”, deixando as questões do quotidiano, “os actos da vida corrente”, à decisão do progenitor com quem o filho se encontre no momento em que elas surjam. Ambos os progenitores devem agir dentro das mesmas “orientações educativas”, cuja definição cabe, por força das próprias circunstâncias da vida, ao progenitor com quem o filho reside habitualmente (art. 1906.º, nº 3).

A lei privilegia actuações de boa-fé e de cooperação entre os ex-cônjuges, impondo-lhes deveres mútuos de informação sobre o filho (art. 1906.º, nºs 1 e 6) e valorizando as atitudes que facilitem as relações habituais deste com ambos os progenitores (art. 1906.º, nºs 5 e 7). Para as situações-limite de desrespeito das responsabilidades parentais, prevê-se tutela penal, declarando-se crime de subtracção de menor o não cumprimento, repetido e injustificado, do estabelecido quanto à convivência do filho com os progenitores aquando da regulação do exercício do poder paternal (art. 249.º, nº 1, al. c), do Código Penal) e tipificando-se o crime de violação da obrigação de alimentos, quando consista no não cumprimento da obrigação<sup>63</sup>, como crime de perigo abstracto<sup>64 65</sup>.

24. E agora, entrada a lei em vigor, quais irão ser as suas consequências? Nos primeiros tempos, haverá certamente um aumento significativo do número de divórcios, fruto de separações de facto superiores a um ano ou de situações de impasse no casamento que, na anterior lei, não encontravam resposta. Depois, as coisas estabilizarão. É provável que a percentagem de casamentos que terminam por divórcio cresça um pouco. É também provável – e desejável – que a percentagem de divórcios por mútuo consentimento se torne ainda mais

---

63 A revisão de 2007 do Código Penal (Lei nº 59/2007, de 4 de Setembro) incluiu também no crime de violação da obrigação de alimentos a situação de quem, com a intenção de não pagar alimentos, se colocar na impossibilidade o fazer (art. 250.º, nº 2). O crime, quer quando consista no não cumprimento da obrigação de prestar alimentos, quer quando se traduza no facto de se colocar na impossibilidade de os prestar, é sempre configurado como de perigo concreto, exigindo-se que o agente ponha em perigo a satisfação, sem auxílio de terceiro, das necessidades fundamentais de quem tem direito a alimentos.

64 Ou seja, criminalizando-se o comportamento “em nome da sua *perigosidade típica* para um bem jurídico, mas sem que ela necessite de ser comprovada no caso concreto: há como que uma presunção inilidível de perigo e, por isso, a conduta do agente é punida independentemente de ter criado ou não um perigo efectivo para o bem jurídico” (Jorge de Figueiredo Dias, 2004, p. 292).

65 Assim se reconhecendo a importância dos bens jurídicos tutelados pelo crime. Em sentido contrário, ou seja, pondo em causa a dignidade penal deste crime, mesmo na sua anterior configuração de crime de perigo concreto, J. M. Damião da Cunha, 1999, p. 621.

significativa, porque a lei deixou um sinal de que, nesta matéria, não vale a pena enveredar por um caminho de recriminações e de conflitos.

Seja como for, a vida seguirá o seu curso e não será a “Lei do Divórcio” que virá alterar a qualidade das realidades familiares. Como repetidamente tem afirmado o Prof. Guilherme de Oliveira, não é através das leis do divórcio que se protege a família. E haverá, portanto, casais que se sentirão bem juntos e assim desejarão continuar “até que a morte os separe”, outros que, sem se sentirem especialmente felizes, preferirão continuar juntos a enfrentar a solidão consequente ao divórcio ou os riscos de uma nova escolha, outros ainda que, por a sua situação no casamento lhes ser insustentável ou por ousarem acreditar que poderão ser mais felizes numa nova vida, romperão o casamento e partirão. E, se a porta prevista na lei não estiver suficientemente aberta para permitir a sua passagem, arrornbá-la-ão. Talvez alguns fiquem fisicamente e partam só afectivamente, mas essa será a pior forma de ausência.

Nas nossas sociedades ocidentais de hoje, pretender impedir a “saída” do casamento é uma aspiração impossível. Ou inaceitável por uma sociedade que não quer regular a intimidade e os afectos de uma maneira imperativa e estandardizada<sup>66</sup>.

Nos nossos tempos, a lei não deve ter como finalidade “salvar o casamento”, quando ambos os cônjuges o não desejem. A lei, mais modestamente, deve contentar-se com criar os mecanismos necessários para permitir que as rupturas se façam com menos dramatismo e menos ódios - “preservando a dignidade dos membros do casal”<sup>67</sup> e permitindo que possa ser salvo, nas histórias individuais, aquilo que valha a pena guardar -, para garantir que nenhum dos cônjuges retira do casamento ganhos indevidos ou sofre, com o divórcio, outros danos que não os inevitáveis, para resguardar os laços entre pais e filhos, que, esses sim, são perenes e indissolúveis.

E essa função é cumprida pela nova “Lei do Divórcio”.

## Bibliografia

AA.VV., *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977*, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (org.), vol. I - Direito da Família e das Sucessões, 2004, Coimbra Editora.

BARRETO, Antonio, 2000, “Portugal e a Europa: quatro décadas”, em *A situação social em Portugal*, vol. 11, ICS, Imprensa de Ciências Sociais.

66 Guilherme de Oliveira, 2008, pómo 2.

67 Guilherme de Oliveira, 2008, ponto 4.

\_\_\_\_\_, 2002, “Portugal social: as últimas quatro décadas”, em *Tempo de incerteza*, ed. Relógio d’Água.

CARVALHO, Fidélia Proença de, 2004, “O conceito de culpa no divórcio - Crime e castigo”, em *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1911*.

CERDEIRA, Ângela, “Reparação dos danos não patrimoniais causados pelo divórcio”, em *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1917*.

COELHO, Francisco Manuel Pereira, 1965, *Curso de Direito da Família*, 1, *Direito Matrimonial*, Coimbra, Atlântida Editora.

\_\_\_\_\_, 1981, “Divórcio e separação judicial de pessoas e bens na reforma do Código Civil”, em *Reforma do Código Civil*, Ordem dos Advogados, Instituto da Conferência, Lisboa.

\_\_\_\_\_, e Guilherme de Oliveira, 2008, *Curso de Direito da Família*, vol. I, *Introdução, Direito Matrimonial*, 4.ª edição, Coimbra Editora.

COLLAÇO, Isabel de Magalhães, 2004, “A Reforma de 1977 do Código Civil de 1966. Um olhar vinte e cinco anos depois”, em *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977*.

CUNHA, J. M. Damião da, 1999, *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial*, tomo II, Coimbra Editora.

DIAS, Jorge de Figueiredo, 2004, *Direito Penal, Parte Geral*, tomo I, Coimbra Editora.

FARINHA, António H. L., e Conceição Lavadinho, 1997, *Mediação familiar e responsabilidades parentais*, Coimbra, Almedina.

HORSTER, Heinrich Ewald, 2004, “Evoluções legislativas no Direito da Família depois da Reforma de 1977”, em *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977*.

MATTHEWS, Sara F., 1991, “O corpo, aparência e sexualidade”, em *História das mulheres - Do Renascimento à Idade Moderna*, vol. 3, Edições Afrontamento.

OLIVEIRA, Guilherme de, 2008, *As ideias-base da Reforma do Divórcio*, intervenção na Assembleia da República, a 25 de Setembro de 2008.

RIBEIRO, Maria Saldanha Pinto, 1999, *Divórcio - Guarda conjunta dos filhos e mediação familiar*, ed. Pé da Serra.

RIBEIRO, Maria Saldanha Pinto, Daniel Sampaio e Jorge Augusto Pais do Amaral, 1991, *Que divórcio? - Aspectos psicológicos, sociais e jurídicos*, Edições 70.

ROCHA, Patrícia, 2004, "O divórcio sem culpa", em *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977*.

SILVA, Artur Santos, 1966, *Alguns aspectos do Direito de Família no projecto do novo Código Civil*, comunicação na sessão do Instituto da Conferência do Conselho Distrital do Porto da Ordem dos Advogados, realizada no dia 22 de Julho de 1966, ed. O Primeiro de Janeiro, Porto.