

LINHAS GERAIS DA REFORMA DO DIVÓRCIO

Guilherme de Oliveira

Tentarei resumir as ideias que inspiraram a reforma do Divórcio, vistas do lado do Direito da Família.

1. Em primeiro lugar, sigo o entendimento de que as leis do divórcio não são o meio adequado para proteger a Família. As leis do Divórcio, simplesmente, não são capazes de influir na vida da Família, de modo a favorecer as relações dos cônjuges e a prolongar a duração de um casamento saudável; as leis do Divórcio, quando são chamadas a intervir, já encontram um casamento inviável, um projecto matrimonial que não vingou.

As leis do Divórcio estão condenadas a chegar demasiado tarde.

A Família protege-se — ou não se protege — de muitas outras formas, através de outras leis — as leis que favorecem o emprego e salários justos; as leis que garantem a convivência dos cônjuges num mesmo lugar; as leis que fortalecem as comunidades locais enquanto prestadoras de serviços de apoio para o cuidado das crianças e dos velhos, etc.

São as leis inspiradas numa chamada “ecologia da família”, de que falava Mary Ann Glendon, há quase vinte anos. (1)

(1) *The Transformation of Family Law*, The University of Chicago Press, Chicago and London, p. 306 e segs.

2. Em segundo lugar, a evolução do direito matrimonial na Europa, nos últimos duzentos anos, mostra uma tendência inelutável para o enfraquecimento do vínculo matrimonial do ponto de vista jurídico. O Direito — com a sua vocação fundamental para regular as *esferas patrimoniais* da vida social — tem revelado dificuldades crescentes na sua capacidade para garantir o cumprimento de normas jurídicas matrimoniais, à medida que o casamento foi deixando de ser um negócio entre famílias e se tornou um meio de realização emocional de dois indivíduos. Por outro lado, a vocação do Direito para estabelecer *regras gerais e abstractas*, aplicáveis a todos os cidadãos, de acordo com o racionalismo oitocentista, tornou-se progressivamente inadequada ao pluralismo social que se instalou duradouramente nas comunidades ocidentais.

Mas não é verdade que os códigos civis continuam a prever “deveres matrimoniais”? Isto não significa uma vinculação jurídica tradicional, e a correspondente responsabilidade pelo não cumprimento?

A verdade é que se regista um movimento no sentido quer da supressão do elenco de deveres matrimoniais, quer da desvalorização da sua força jurídica, da sua coercibilidade.

O direito do espaço germânico é um bom exemplo desta mudança: passou de uma enumeração extensa dos deveres conjugais, no Código Prussiano

de 1794, para uma afirmação lacónica de que os cônjuges devem adoptar uma “vida em comum”; e também cito o direito espanhol que, apesar de manter o elenco tradicional dos deveres conjugais, adoptou, em 2005, o divórcio *unilateral*, que assenta na mera vontade de um dos cônjuges.

Neste sentido, *o casamento é um contrato mais frágil do que os contratos vulgares, de índole patrimonial*, que estão regulados minuciosamente, sobretudo nos momentos críticos do cumprimento imperfeito, ou do não-cumprimento. A falta de pagamento de um preço, ou a entrega de um bem defeituoso, desencadeiam uma série de reacções desfavoráveis ao falto, destinadas a compensar as perdas patrimoniais e a prevenir casos futuros. Mas o casamento não é “um contrato qualquer”, neste sentido — é um contrato diferente, se é que se pode ainda falar de um contrato! O Direito não é capaz de regular com esta intensidade e minúcia o acordo de casamento, simplesmente porque, hoje em dia, as sociedades não querem regular a intimidade e os afectos desta maneira imperativa e estandardizada.

O que não quer dizer que os cidadãos europeus não entendam que o sucesso numa “vida a dois” é a maior aspiração contemporânea, é a “nova religião” que faz mover os indivíduos, como tem mostrado a minha colega Anália Torres.

3. Em terceiro lugar, nesta reforma esteve presente a intenção de encarar o casamento como um acordo sentimental, despojado de interesses patrimoniais.

Depois de séculos em que o matrimónio era um negócio entre famílias, o casamento Romântico, no século dezanove, deu um lugar mais relevante aos

próprios noivos, e aos seus sentimentos, encetando um caminho para a predominância dos afectos sobre os interesses patrimoniais.

Nos meados do século vinte, em Portugal, os juristas que preparavam o Código Civil abraçavam este movimento de “sentimentalização” do matrimónio quando rejeitavam a comunhão geral de bens como regime supletivo. Dizia-se, na época, que a comunhão geral de bens permitia aos pobres enriquecer à custa dos ricos, pelo simples facto de casar. Esta ideia tornou-se desconfortável e veio a dar-se por assente que o casamento não devia ser um modo de adquirir património. Assim nasceu o actual regime da *comunhão de adquiridos como regime supletivo*, em que cada cônjuge tem o que é seu e partilha aquilo que ajudou a adquirir durante o casamento — os bens comprados, digamos assim.

Foi também esta “sentimentalização” do casamento que levou a introduzir, no Código Civil de 1967, o *regime imperativo de separação de bens* para os casamentos celebrados entre homens de 60 anos ou mulheres de 50 anos — pensava-se que os casamentos dos mais velhos podiam ser movidos por interesses patrimoniais ilegítimos com que o Direito não devia contemporizar.

a) Na presente reforma, este movimento de “despatrimonialização” do casamento dá mais um passo ao estabelecer que o fracasso do projecto matrimonial, expresso pelo divórcio, *faz caducar as expectativas de receber benefícios patrimoniais* resultantes do regime da comunhão geral, ou de outras convenções prévias, estipuladas numa época em que o casamento era “para sempre” e não se adivinhava a dissolução por divórcio.

b) É também a mesma linha de evolução que explica que *o casamento não seja visto como uma garantia de manutenção de um certo padrão de vida*. Na verdade, decretado o divórcio, cada cônjuge pode ter direito a alimentos, mas não pode impor ao devedor uma contribuição que lhe permita manter exactamente o padrão de vida a que se habituou durante o casamento. O casamento não é um “seguro patrimonial”.

4. Em quarto lugar, se as leis do Divórcio não têm a possibilidade de impedir a degradação das relações conjugais e o falhanço do projecto matrimonial, procura-se que, ao menos, garantam a dignidade dos membros do casal, e evitem o agravamento dos danos, no momento da dissolução do vínculo.

a) A promoção da *mediação familiar* é um instrumento para estes fins. No início do processo de divórcio, a conservatória ou o tribunal devem informar os cônjuges sobre a existência dos serviços; e esta informação pode vir a estimular o uso destes procedimentos conciliatórios, pacificadores.

b) A *eliminação do divórcio baseado na violação culposa dos deveres conjugais* é outro instrumento no mesmo sentido. Com efeito, as tradicionais alegações e provas de factos culposos transformam os processos de divórcio em batalhas degradantes e violentas, com custos pessoais enormes para os cônjuges e para os filhos.

Na verdade, o “divórcio baseado na culpa” estimula os cônjuges a exercitar o que há de pior em si, comprometendo qualquer possibilidade de relacionamento futuro, sobretudo aquele que é necessário manter em favor dos filhos pequenos.

Aliás, começa a tornar-se banal, entre os psicólogos, procurar ajudar os cônjuges a tornar o processo de divórcio menos conflituoso e desgastante. Creio que o Direito também deve contribuir para salvar os poucos sentimentos de respeito e de colaboração que possam restar, em vez de fazer sobressair as capacidades mais agressivas dos cônjuges e de estimular o conflito.

Porém, há juristas que — mesmo sem poderem negar os custos evidentes do processo tradicional — contrariam esta tendência europeia para abandonar as averiguações da culpa com a alegação de que o sistema actual “protege” o cônjuge mais fraco. Acreditam que a declaração de inocência, ou de culpa inferior, é indispensável para a “protecção” do cônjuge mais fraco — normalmente a mulher, porventura vítima de violência doméstica.

Para mim, é claro que a necessidade processual de averiguação e graduação da culpa obrigaria cada cônjuge a um aprofundamento das alegações, das acusações, expondo os mais frágeis às respostas violentas que essas alegações despertam. Não tenho dúvidas de que mais vale reduzir as alegações à apresentação dos factos objectivos que sejam suficientes para exprimir a ruptura do casamento, de tal modo que os cônjuges frágeis obtenham o divórcio com mais rapidez e menos riscos para a sua integridade física e moral. Depois de um divórcio mais acessível e rápido, a sua protecção será servida pelos tribunais criminais, onde correrão acções públicas de *violência doméstica*, acrescida das indemnizações civis a que houver lugar. Deste modo, as várias necessidades serão satisfeitas pelas vias convenientes: a dissolução do casamento mais rápida e menos traumática pelo processo de divórcio; a penalização e a reparação dos danos pelo processo-crime.

Quanto a uma eventual "protecção" patrimonial, creio, por um lado, que *o universo dos cônjuges que poderiam beneficiar desta chamada "protecção" é mínimo*, tendo em conta a exigência cumulativa dos vários requisitos da lei actual e as circunstâncias reais em que ela se aplica; por outro lado, creio que esta chamada "protecção" consiste na obtenção de *vantagens patrimoniais de mérito mais do que duvidoso* — partilha de bens para cuja aquisição não contribuíram, retenção de benefícios que foram atribuídos em consideração do estado de casado que entretanto cessou, indemnização por danos não patrimoniais que deixaram de merecer tutela jurídica numa altura em que se banalizaram os casos de divórcio.

A meu ver, esta chamada "protecção" patrimonial, de mérito mais do que duvidoso, concedida a um número muito reduzido de pessoas, não compensa os danos pessoais incalculáveis que os procedimentos que dão relevo à culpa causam, inelutavelmente, *em todos os cônjuges envolvidos em divórcios litigiosos e — o que é ainda pior — nos seus filhos menores*.

c) No mesmo sentido da defesa da dignidade das pessoas e da redução dos danos, a presente reforma *estimula a via do mútuo consentimento*, na medida em que o acordo sobre a cessação do casamento pode fundamentar a dissolução ainda que os cônjuges não tenham logrado um consenso sobre qualquer dos "temas complementares" — o destino dos filhos, o uso da casa de morada, ou o regime dos alimentos.

Na verdade, segundo a lei anterior, se os cônjuges não conseguiam pôr-se de acordo sobre algum destes temas, não podiam seguir a via pretendida do mútuo consentimento e tinham que seguir a via litigiosa; ou então assinavam um acordo qualquer, sem-

pre com a intenção de não o cumprir — e deve estar aqui uma das razões para a quantidade enorme de incumprimentos que se verificam.

Segundo o novo regime, pelo contrário, o divórcio pode iniciar-se e terminar "por mútuo consentimento" — embora no tribunal, para que o juiz decida os aspectos parcelares que os cônjuges não conseguiram resolver. Deste modo poupam-se litígios escusados; ou evitam-se os incumprimentos frequentes daqueles acordos que foram assinados sem convicção, só para não se perder a faculdade de obter um divórcio por mútuo consentimento.

5. Uma outra ideia que presidiu à presente reforma foi a **protecção do cônjuge mais fraco** — mais fraco quanto às possibilidades de requerer o divórcio, ou que fica numa situação débil por causa do investimento pessoal que fez num matrimónio que, afinal, veio a dissolver-se.

a) Refiro-me, em primeiro lugar, ao cônjuge que pretende dissolver o matrimónio mas não consegue obter o consentimento do outro. Segundo a lei anterior, este cônjuge podia pedir o divórcio com base na violação culposa dos deveres conjugais, ou iniciava uma separação de facto que lhe permitia, ao fim de algum tempo, obter a dissolução do casamento. Porém, são conhecidas as situações "especialmente onerosas", de dependência e de fragilidade, em que não era possível seguir qualquer destes caminhos, embora o vínculo matrimonial estivesse definitivamente comprometido. Segundo a lei nova, o cônjuge que pretende a desvinculação não precisa nem de se expor perigosamente a uma argumentação extensa e violenta para mostrar a culpa do outro,

nem de manter durante um certo tempo uma separação de facto tantas vezes impedida e impossível. Pode agora mostrar “*quaisquer outros factos*” que exprimam objectivamente a ruptura definitiva do casamento — como actos de violência doméstica — num processo judicial inevitavelmente mais curto, e sem ter de esperar o decurso de qualquer prazo.

Tratou-se, afinal, de *consagrar com mais clareza o sistema de divórcio-ruptura* que se encontra na lei portuguesa desde 1910. Não havia razão para que apenas alguns factos expressamente previstos tivessem o mérito de mostrar a ruptura do casamento; “*quaisquer outros factos*” podem ser capazes de justificar uma conclusão idêntica, segundo o prudente juízo do tribunal.

b) Outra forma de protecção do cônjuge mais fraco resulta de uma *alteração do regime legal da compensação por contribuições excessivas para os encargos da vida familiar*.

Em 1977, os legisladores tiveram o mérito de esclarecer que a participação num projecto matrimonial não implica o apagamento das aspirações pessoais de cada cônjuge, e da sua realização pessoal. Foi assim que consagraram expressamente o relevo dos “interesses” de cada cônjuge (art. 1671.º, n.º 2) e a protecção “da sua vida profissional” (art. 1673.º, n.º 1); e também por isso estabeleceram que a contribuição de cada cônjuge para os encargos da vida familiar havia de ser medida pelas suas possibilidades (art. 1676.º, n.º 1).

Tiveram ainda outros dois méritos.

Por um lado, previram a hipótese de um cônjuge ficar *aquém* do que devia, e consagraram um meio expedito para o obrigar a prestar o que está em falta

— este meio consta do art. 1676.º, n.º 3, e foi uma ideia justa, apesar das suas limitações.

Por outro lado, previram o caso de um cônjuge ir *além* do que lhe cabia, *embora não tivessem esclarecido em que consistia este excesso*. Ainda assim determinaram que esse cônjuge tem direito a ser compensado pelo excesso, no momento da partilha (art. 1676.º, n.º 2).

A previsão de um crédito de compensação, portanto, já tem trinta e dois anos na nossa lei.

A regulamentação do exercício deste direito de compensação, porém, *deve ser cautelosa*, para que uma utilização abusiva e banalizada do preceito não destrua a ideia elementar de justiça que ele contém.

O legislador de 1977 impôs cautelas através de uma *presunção de renúncia ao exercício do direito*, embora a presunção fosse relativa e, portanto, elidível. A cautela, porém, foi demasiada, e acabou por paralisar o exercício do direito, que não ganhou relevo prático nos tribunais.

O regime actual também impõe cautelas mas por outras e melhores vias, segundo creio. Em primeiro lugar, *segue a regra geral do direito processual* ao permitir a qualquer interessado provar os factos constitutivos do seu direito, sem ter de ilidir previamente uma presunção de renúncia; o cônjuge que entende que excedeu a contribuição que lhe era exigível tem o ónus de alegar e provar o que puder para demonstrar o seu direito. Por outro lado, deixa de poder alegar-se qualquer excesso de contribuição, para só merecer relevância a contribuição “consideravelmente superior” de um cônjuge relativamente à do outro — isto é, a que simultaneamente foi mais injusta quando se realizou e que é agora mais fácil de apreciar.

E o que são, afinal, essas contribuições "consideravelmente superiores" de qualquer dos cônjuges?

O direito à compensação nascerá quando um cônjuge *excedeu manifestamente o seu investimento na vida em comum*, quando um cônjuge *desinvestiu de mais na sua vida pessoal, em favor do casamento*.

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

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

Todos os cônjuges têm direito a partilhar o património comum que existir à data da cessação do casamento, em partes iguais. Os dois cônjuges que fizeram contribuições proporcionais às suas possibilidades, que participaram equitativamente e esforçadamente na vida de casado, e que não sacrificaram excessivamente a sua vida pessoal, dividem por metade o património comum. Mas o cônjuge que se entregou

ao projecto da vida matrimonial em condições de manifesta desigualdade, e que ficou gravemente prejudicado, deve ter um direito prévio — o direito de ser compensado pela contribuição que fez, e que foi consideravelmente superior à do outro.

O argumento da dificuldade de calcular a medida do crédito não impressiona nenhum jurista que saiba que os tribunais indemnizam danos não patrimoniais, e até a perda da vida.

6. Por último, esta lei partiu do princípio de que a primeira forma de protecção das crianças e jovens é manter a responsabilidade parental de ambos os progenitores.

a) Por esta razão, nas últimas dezenas de anos, os sistemas jurídicos europeus caminharam na direcção do exercício conjunto das responsabilidades parentais. Já se tornou banal a afirmação de que o divórcio dos cônjuges não tem de significar divórcio dos filhos.

Em Portugal, a alteração legislativa neste sentido já foi tentada, sem sucesso. Os argumentos são conhecidos e prendem-se com a falta de praticabilidade do regime, que pressupõe um bom relacionamento entre os progenitores.

A reforma agora aprovada não ignorou essas dificuldades, e *foi prudente*.

Assim, limitou o exercício conjunto das responsabilidades parentais às "*questões de particular importância*". Deste modo, os contactos provavelmente difíceis entre os progenitores só terão lugar em raras ocasiões especialmente graves que, por isto mesmo, podem até despertar neles sentimentos de contenção e de espírito de colaboração. Além disto, a pru-

dência levou também a prever claramente que o tribunal se afaste desta regra quando o caso concreto o aconselhe.

Por outro lado, a responsabilidade pelos "actos da vida corrente" cabem, em exclusivo, ao progenitor com quem o filho se encontra — que, deste modo, não tem de procurar o acordo do outro, nem está sujeito a qualquer presunção de concordância por parte dele.

Ou seja, o regime é praticável tanto nas "questões de particular importância" quanto nos "actos da vida corrente".

b) Também se acrescentou a protecção dos filhos menores no momento da decisão sobre o lugar da residência do filho. Esta decisão — que nunca será fácil — dependerá da ponderação de todos factores habituais; mas a presente lei sublinha como factor autónomo a *disponibilidade manifestada por um progenitor para promover o relacionamento do filho com o outro*. Este destaque não é mais do que um corolário da preferência pela responsabilização conjunta e pela manutenção dos contactos entre o filho e os dois progenitores.

c) Aproveitou-se, ainda, para afirmar discretamente a liberdade que se reconhece ao progenitor com quem o filho vive para *delegar o exercício das suas responsabilidades pelos actos da vida corrente numa terceira pessoa, que pode ser um novo cônjuge ou convivente*.

Também esta afirmação simples contribui para a legitimação da pessoa que presta cuidados diários e, assim, favorece a protecção das crianças.

Além disto, este regime é o mínimo que se pode estabelecer num momento em que todos os países europeus procuram um estatuto jurídico para os padrastos e para as madrastas.

d) Como protecção dos filhos menores, acrescenta-se a expressa previsão de uma *precedência da obrigação de alimentos em favor dos filhos* sobre qualquer obrigação de alimentos emergente do divórcio, em favor do ex-cônjuge. Esta precedência não era conhecida nas leis actuais.

e) Por último, a protecção dos filhos menores fica aumentada através da *antecipação da tutela penal dos regimes estabelecidos para o contacto com os progenitores e para o pagamento da obrigação de alimentos*. De facto, o incumprimento generalizado deste regimes tem deixado os filhos em situações de instabilidade emocional e de carência económica; e a ausência de reacções desfavoráveis do sistema, contra os faltosos, tem dado um sinal de indiferença intolerável.

Segundo esta reforma, as normas penais começam a reagir mais precocemente e mais frequentemente contra o desrespeito dos regimes estabelecidos, que em último termo significa desrespeito pelos direitos das crianças.

