

## O REGIME DO DIVÓRCIO EM PORTUGAL. A PROPÓSITO DO NOVO PROJECTO ESPANHOL — UM CASO DE “PARALELISMO ESPONTÂNEO”? (\*)

Guilherme de Oliveira

Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

### I. Evolução do regime

1. O divórcio <sup>(1)</sup> foi introduzido em Portugal em 1910. Admitia-se tanto o divórcio por mútuo consentimento (em que os cônjuges apresentavam um pedido conjunto de dissolução do casamento) como o divórcio litigioso (em a acção era dirigida por cônjuge contra o outro); e o divórcio litigioso foi admitido não só por causas “subjectivas”, assentes na verificação de um comportamento culposo como o adultério ou o abandono, etc., mas também por causas “objectivas”, que não se baseavam em actos culposos de qualquer dos cônjuges, como a separação de facto dos cônjuges <sup>(2)</sup>.

(\*) Texto de uma palestra feita em Junho de 2005, em Madrid.

(1) A separação de pessoas e de bens e o divórcio existiram durante o século XX, no direito português, com um *regime jurídico igual*. Na verdade, os requisitos e os procedimentos foram sempre os mesmos; ainda hoje, o Código civil regula o divórcio pormenorizadamente e, quando se refere à separação, manda simplesmente aplicar as normas do divórcio.

Esta afirmação tem excepções óbvias, quer quanto aos efeitos jurídicos da separação quer quanto aos seus institutos específicos — a *reconciliação* dos cônjuges e a *conversão* da separação em divórcio.

Tendo em conta a regra enunciada acima, falarei sempre, e apenas, em “divórcio”, na minha exposição.

O ordenamento português tem conservado a possibilidade de se requerer a separação de pessoas e de bens, mas esta quase não é utilizada; é uma via que está aberta, sobretudo, para os casados catolicamente que querem respeitar o dever religioso de não procurar a dissolução do casamento.

(2) A separação de facto era a causa “objectiva” mais importante; mas também se podia invocar, como causa “objectiva”, a ausência, a “loucura incurável” ou outra “doença incurável” que fosse contagiosa ou implicasse “aberração sexual”.

O divórcio por mútuo consentimento nasceu com o formato que manteve, fundamentalmente, durante a maior parte do século vinte.

Os cônjuges podiam requerer ao tribunal, directamente, ou a separação judicial de pessoas e de bens ou o divórcio; a subsistência do casamento há mais de três anos e a idade mínima de vinte e cinco anos dos cônjuges eram requisitos do pedido; exigia-se a formalização prévia de um acordo acerca do exercício do poder paternal e dos alimentos devidos aos filhos; o juiz concedia um divórcio provisório, que se convertia em divórcio definitivo passado um ano sobre a primeira decisão.

A lei não se referia expressamente ao destino da casa de morada da família — que certamente podia ser objecto de decisão judicial. Por fim, os alimentos entre cônjuges podiam ser requeridos ao tribunal e decididos pelo juiz.

O divórcio litigioso baseado em factos culposos podia ser pedido a todo o tempo, isto é, sem que

\_\_\_\_\_

rável” ou outra “doença incurável” que fosse contagiosa ou implicasse “aberração sexual”.

Quanto à separação de facto, a prova era restrita ao *facto* da separação, sua continuidade e duração (art. 4.º, § 3.º), não relevando, pois, a culpa que pudesse ser imputada ao requerente.

tivesse decorrido um período de duração do casamento, ou qualquer separação entre os cônjuges; desde que ficasse provado o fundamento invocado, o tribunal decretava o divórcio definitivo; exigia-se que a petição inicial de divórcio contivesse a opinião do autor sobre o destino dos filhos menores e dos alimentos que lhe eram devidos; cabia ao juiz determinar o regime das consequências do divórcio — relativamente aos filhos e a qualquer outro assunto.

O divórcio litigioso baseado em causas “objectivas” seguia o mesmo regime, com excepção de que, invocando-se a separação de facto por dez anos consecutivos, o abandono por três anos ou a ausência sem notícias por quatro anos, a própria verificação das causas exigia uma certa duração do casamento, embora não se impusesse qualquer requisito de idade mínima dos cônjuges.

A Concordata entre Portugal e a Santa Sé, de 1940, proibiu que os tribunais do Estado decretassem a dissolução dos casamentos católicos.

2. O Código de 1966 introduziu restrições graves no quadro legal que se praticara nos cinquenta anos anteriores.

Em primeiro lugar, o Código suprimiu a possibilidade de se requerer directamente o divórcio por mútuo consentimento; na verdade, os cônjuges só guardaram a possibilidade de pedir a separação judicial de pessoas e de bens, que poderia ser convertida em divórcio três anos mais tarde. Esta modificação visou dificultar o divórcio, garantindo que a decisão dos cônjuges fosse mais amadurecida.

Em segundo lugar, a nova Lei eliminou o divórcio litigioso por causas “objectivas”, em que um cônjuge

podia requerer a dissolução do casamento contra o outro, sobretudo com base numa separação de facto duradoura, sem que se averiguassem as razões da separação ou a culpa imputável a qualquer dos cônjuges. Esta alteração visou também dificultar a obtenção do divórcio; só veio a durar cerca de oito anos no ordenamento português.

Em terceiro lugar, o Código de 1966 veio permitir ao juiz decidir contra o pedido de divórcio formulado pelos cônjuges, e decretar a separação judicial, desde que entendesse que as circunstâncias do caso, designadamente a viabilidade de uma reconciliação, aconselhavam a não dissolução do casamento (art. 1794.º). Também em favor do casamento, esta modificação era contrária à autonomia dos cônjuges, e ao princípio elementar de que o juiz não deve decidir contra o pedido, ou para além do pedido, que lhe é apresentado.

3. As modificações sociais e políticas resumidas pela revolução de Abril de 1974 criaram condições para a reivindicação de alterações do regime vigente, designadamente a reabertura do divórcio para os casamentos católicos, após a assinatura do Protocolo Adicional à Concordata entre Portugal e a Santa Sé de 15 de Fevereiro de 1975.

Em consequência dessas alterações, o Decreto-Lei n.º 261/75, de 27 de Maio, veio permitir que, daí em diante, pudesse ser requerido o divórcio tanto nos casamentos civis como nos casamentos católicos.

Em segundo lugar, este diploma também revogou a norma que permitia ao juiz decretar a separação judicial de pessoas e bens embora tivesse sido pedido o divórcio, repondo a regra normal do processo civil e respeitando a autonomia dos cônjuges.

Em terceiro lugar, admitiu de novo a possibilidade de os cônjuges pedirem directamente o divórcio por mútuo consentimento, sem a necessidade de “consolidarem” a sua intenção de se divorciarem através de um período de separação por três anos.

Em quarto lugar, suprimiu o prazo de três anos, decorridos sobre o trânsito em julgado da sentença de separação, para que esta pudesse ser convertida em divórcio.

Por fim, este Decreto-Lei n.º 261/75 repôs na ordem jurídica portuguesa a antiga causa de divórcio que consistia na separação de facto por um certo período de tempo, mas abreviando de dez para cinco anos o prazo de separação exigido <sup>(3)</sup>.

O Decreto-Lei n.º 605/76, de 24 de Julho, baixou de três para dois anos o prazo de duração do casamento exigido para poder ser requerido o divórcio por mútuo consentimento.

4. A Reforma de 1977 (Decreto-Lei n.º 496/77, de 25 de Novembro) manteve a possibilidade de requer o divórcio por mútuo consentimento, mas alterou o seu regime em vários aspectos.

Em primeiro lugar, suprimiu a exigência de uma idade mínima dos cônjuges (que era de 25 anos), tornando assim o divórcio mais fácil; por outro lado, e em sentido contrário, subiu para três anos o tempo de duração mínima do casamento (que era de dois anos); por último, condicionou o decretamento do divórcio à homologação judicial dos acordos dos cônjuges sobre as suas mais importantes sequelas — o destino e os alimentos dos filhos, os alimentos entre cônjuges e a

utilização da casa de morada da família — quando o regime anterior só exigia a apresentação inicial do acordo sobre os filhos.

Em termos processuais, substituiu-se a sentença provisória e a definitiva por um procedimento baseado em duas “conferências” sucessivas, que terminavam com a decisão única e definitiva de divórcio. A segunda “conferência, realizada entre os três e os doze meses depois da primeira, servia para os cônjuges reiterarem o propósito de se divorciar, para se tentar a conciliação e para se apreciarem os acordos complementares obrigatórios — cumprindo, afinal, as mesmas intenções do regime anterior.

5. O regime do divórcio manteve-se inalterado durante cerca de vinte anos.

O Decreto-Lei n.º 131/95, de 6 de Junho, que aprovou o novo Código do Registo Civil, veio permitir que o divórcio por mútuo consentimento fosse requerido e decidido nas Conservatórias do Registo Civil, se o casal não tivesse filhos menores ou, se os tivesse, o exercício do poder paternal já se achasse judicialmente regulado.

A Lei n.º 47/98, de 10 de Agosto, para facilitar mais o divórcio, suprimiu o prazo de duração do casamento fixado na legislação anterior para poder ser pedido o divórcio por mútuo consentimento, permitindo que este fosse requerido pelos cônjuges “a todo o tempo”, isto é, sem que tivesse de se respeitar um período de duração do casamento. Além disso, a Lei diminuiu a duração da separação de facto relevante, no caso de divórcio litigioso por causas “objectivas” — que passou a ser de três anos, ou mesmo de um ano se o réu acabar por não se opor ao pedido de divórcio.

<sup>(3)</sup> O prazo de separação viria a ser alargado de cinco para seis anos pelo Decreto-Lei n.º 561/76, de 17 de Julho.

Por último, o Decreto-Lei n.º 272/2001, de 13 de Outubro, transferiu dos tribunais para as conservatórias do registo civil a competência decisória em diversas matérias, como a conversão da separação de pessoas e bens em divórcio e a reconciliação dos cônjuges separados, e alterou o regime do divórcio por mútuo consentimento, ainda no mesmo espírito de facilitação do divórcio. O processo de divórcio por mútuo consentimento passou a ser da competência exclusiva das conservatórias do registo civil (só no caso de conversão do divórcio litigioso em divórcio por mútuo consentimento é que corre no tribunal), e eliminou-se a “segunda conferência”, prevista na legislação anterior.

## II. Caracterização do regime; tendências

1. Vê-se, pois, que o direito português vem admitindo todos os *tipos de divórcio* que se praticaram, até hoje, nos ordenamentos jurídicos europeus (4).

Ainda hoje se mantém o divórcio litigioso com base em causas “subjectivas”, baseadas num comportamento culposos do réu. Decretado o divórcio, o cônjuge culpado, ou o principal culpado quando houver culpa de ambos, vem a sofrer desvantagens patrimoniais, designadamente com a perda de benefícios resultantes do casamento, a indemnização dos danos ao cônjuge não culpado ou menos culpado, etc. Também se mantém o divórcio litigioso fundado na constatação da ruptura do vínculo, expressa pela

separação de facto continuada, pela alteração das faculdades mentais ou pela ausência sem notícias. Neste tipo de divórcio, a decisão do juiz baseia-se na mera prova das circunstâncias de facto previstas na lei — e por esta razão é que se fala em “constatação da ruptura do vínculo”; mas a prova dos comportamentos culposos também releva, embora apenas para determinar, num segundo momento, a aplicação daquelas desvantagens patrimoniais.

Mantém-se, evidentemente, o divórcio por mútuo consentimento, com um regime constantemente simplificado, que os portugueses usam abundantemente; na verdade, este tipo de divórcio é usado em mais de noventa por cento dos casos.

Creio poder afirmar que esta variedade de soluções para as crises matrimoniais não corresponde à tendência para a *redução dos tipos de divórcio* na generalidade dos países europeus.

2. A evolução sumária que apresentei mostra que o caminho para o divórcio mais utilizado — o mútuo consentimento — foi objecto, nos anos mais recentes, de um processo de *desformalização* acentuado.

A partir do Decreto-Lei n.º 131/95, de 6 de Junho, o divórcio por mútuo consentimento passou a ser requerido e decidido nas Conservatórias do Registo Civil, se o casal não tivesse filhos menores ou, se os tivesse, quando o exercício do poder paternal já se encontrasse judicialmente regulado (5).

(4) Ressalvando o curto período que decorreu entre a vigência do Código Civil de 1966 e o Decreto-Lei n.º 261/75.

(5) As Conservatórias do Registo Civil são os departamentos administrativos onde se celebram casamentos civis e onde se registam, entre outros, os factos do nascimento, todos os casamentos, e a morte. Esta alteração retirou dos tribunais uma competência tradicional, principalmente com o intuito de aliviar a pressão de trabalho que recaia sobre eles.

Apenas continuaram a ser encaminhados para os tribunais os requerimentos feitos por que tinha de obter uma regulação do exercício do poder paternal.

Esta restrição significou que o legislador português atribuiu uma importância especial às consequências da dissolução do casamento sobre os filhos menores, e pretendeu que esses casos se mantivessem no âmbito de uma jurisdição mais formal, tradicional e prestigiada.

Porém, o Decreto-Lei n.º 272/2001, de 13 de Outubro, transferiu completamente dos tribunais para as conservatórias do registo civil a competência para o divórcio por mútuo consentimento, ainda no mesmo espírito de facilitação do divórcio. Estes processos passaram a ser da competência exclusiva das conservatórias do registo civil<sup>(6)</sup>. A preocupação especial com o destino dos filhos menores ainda se expressa, mas sob outra forma — o acordo sobre o exercício do poder paternal é levado ao conhecimento do Ministério Público, que pode recomendar aos pais que façam correções; e se estas não forem aceites pelos progenitores, o processo acabará por ser levado ao tribunal, para decisão de homologação do acordo apresentado<sup>(7)</sup> ou de indeferimento do pedido de divórcio.

O mesmo Decreto-Lei eliminou a “segunda conferência”, prevista na legislação anterior — o que traduziu numa considerável simplificação processual.

Creio que a evolução do processo do divórcio por mútuo consentimento, nos países europeus, tende

para a simplificação. Se assim é, bem pode afirmar-se que as recentes alterações do direito português, no sentido da *desformalização*, foram muito nítidas, e ultrapassaram mesmo a tendência vigentes na Europa; na verdade, penso que há poucos países (Dinamarca, Noruega e Rússia) onde o divórcio pode ser decretado por uma autoridade administrativa e com um formalismo tão simples.

3. No que diz respeito aos *requisitos de maturidade* para se requerer o divórcio por mútuo consentimento, também se pode notar uma tendência no sentido da abolição de quaisquer exigências.

No direito inicial, de 1910, só podiam requerer o divórcio os cônjuges com mais de 25 anos e que fossem casadas há mais de 2 anos. A idade mínima dos cônjuges foi constantemente exigida até à sua eliminação pela Reforma de 1977. A duração mínima do casamento foi oscilando — aumentada para 3 anos em 1966, diminuída para 2 em 1976, de novo aumentada para 3 anos em 1977 — até ser eliminada pela lei de 1998.

Segundo o regime actual, os cônjuges podem divorciar-se por mútuo consentimento “a todo o tempo”, significando isto que o pedido pode ser recebido na Conservatória do Registo Civil imediatamente após a celebração do casamento...

Sendo assim, vê-se que o legislador português abandonou a intenção de controlar a maturidade dos cônjuges através de requisitos gerais, que não podiam ter em conta as especificidades dos casais e a gravidade de cada situação concreta. Vistas as coisas de outro ângulo, o legislador português abandonou a atitude paternalista de forçar os cônjuges a crescer até aos 25 anos e a sofrer durante 3 anos para fica-

(6) Só no caso de conversão do divórcio litigioso em divórcio por mútuo consentimento é que o processo continua a correr no tribunal.

(7) É duvidoso se apenas se deve remeter este acordo para o tribunal ou se devem ser remetidos os três acordos, entendidos como um conjunto que tem de ser apreciado simultaneamente.

rem seguros do que seriam os seus interesses relativamente à manutenção do casamento.

Penso que, também neste ponto, o regime vigente em Portugal está em sintonia com a tendência contemporânea de deixar à autonomia dos cônjuges a livre decisão de extinguir o vínculo matrimonial, sem qualquer tutela ou paternalismo da lei.

4. Chamo *requisitos de convicção* a quaisquer exigências legais no sentido de pôr à prova a decisão dos cônjuges, de averiguar se a decisão do divórcio foi tomada levianamente ou, pelo contrário, foi ponderada e é consistente. Estas cautelas podem justificar-se, sobretudo, se o casal tem filhos pequenos.

Vários sistemas jurídicos impõem requisitos de convicção, quer sob a forma da exigência de um período de separação prévia, quer sob a forma de uma pausa forçada no processo de divórcio.

a) No *divórcio por mútuo consentimento*, o direito português, até à lei de 2001, constituía um exemplo destas exigências quando determinava que os cônjuges, depois de terem iniciado o processo, tinham de renovar o pedido de divórcio após um período de reflexão mínimo de três meses. Entendia-se que a pausa no processo, com a necessidade de renovação do pedido, podia desincentivar a dissolução ou, pelo menos, fazer desistir do pedido aqueles cônjuges que não tivessem uma convicção firme.

Durante um curto período — desde a entrada em vigor do Código de 1966 até à primeira legislação posterior à revolução democrática de 1974 (Decreto-Lei n.º 261/75) — nem sequer podia requerer-se directamente o divórcio; só podia requerer-se

a separação judicial de pessoas e de bens, com a faculdade de a converter em divórcio passados três anos. Este regime — excepcional e transitório no direito português — levou ao extremo a exigência de um requisito de convicção.

O actual direito não consagra exigências que comprovem a firme convicção dos cônjuges, a ausência de quaisquer possibilidades de reconciliação. Pode dizer-se, no entanto, que as exigências que são feitas no sentido do acordo sobre as consequências principais do divórcio servem também o propósito de averiguar a convicção dos cônjuges — na verdade, os cônjuges que fazem os chamados “acordos complementares” sobre o destino dos filhos menores, sobre a casa de morada e sobre os alimentos, mostram um grau de convicção suficiente, que não precisa de ser investigado por qualquer outro modo.

b) No divórcio unilateral que assenta sobre a ruptura do casamento — expressa por uma separação de facto continuada — o direito português fez sempre a exigência de que a separação de facto tivesse uma certa duração, que mostrasse uma ruptura consolidada do vínculo conjugal, que mostrasse ao tribunal a convicção dos dois cônjuges ou, pelo menos, a firme convicção de um deles, no sentido de não manter o vínculo conjugal. Em face da simples prova da cessação da convivência e da duração desta, o juiz decreta o divórcio.

De 1910 a 1966 exigia-se uma separação de dez anos; de 1966 a 1975 este fundamento de divórcio foi suprimido; de 1975 a 1998 a exigência oscilou entre cinco e seis anos; desde 1998, estabelece-se que a cessação da convivência conjugal tem de durar

três anos consecutivos; ou apenas um ano, quando o réu acaba por não se opor à dissolução <sup>(8)</sup>.

O direito português mantém, portanto, a separação de facto como *requisito de convicção* para um divórcio unilateral. E pode dizer-se que esta exigência de uma separação de facto prévia, no divórcio unilateral, está bastante generalizada nos países europeus <sup>(9)</sup>.

5. Vejamos agora se a lei portuguesa impõe *requisitos de responsabilidade*, isto é, se impõe aos cônjuges que deixem resolvidas as principais dificuldades suscitadas pela dissolução do casamento.

a) No âmbito do divórcio por mútuo consentimento, a lei portuguesa impõe certos ónus que os cônjuges têm de cumprir sob pena de indeferimento do pedido.

Desde o primeiro regime, de 1910, o pedido de divórcio tinha de ser instruído com um acordo acerca do destino dos filhos e dos alimentos que lhes eram devidos, sob pena de indeferimento. Esta exigência foi acrescentada pela reforma de 1977 com a necessidade de se apresentarem acordos sobre o destino da casa de morada da família e sobre os alimentos devidos ao cônjuges que deles carecesse. E, em 1977,

<sup>(8)</sup> Este divórcio unilateral, que beneficia da anuência do réu e por isto pode ser decretado ao fim de um ano de separação, parece afinal um divórcio por mútuo consentimento. O que aproxima as duas vias para a dissolução, neste caso, é a existência de um acordo sobre a extinção do casamento; a diferença que as distingue está na circunstância essencial de os cônjuges não terem conseguido fazer os "acordos complementares" que são indispensáveis para o sucesso do divórcio por mútuo consentimento. Dito de outro modo: se ao fim de um ano de separação — e para além do acordo sobre a extinção do casamento — os cônjuges se puserem de acordo sobre as consequências essenciais do divórcio, o processo pode ser convertido em divórcio por mútuo consentimento.

<sup>(9)</sup> COMMISSION ON EUROPEAN FAMILY LAW, *Principles of European Family Law Regarding Divorce and Maintenance Between Former Spouses*, Intersentia, Antwerp/Oxford, 2004, p. 51 ss.

esclareceu-se que os acordos apresentados tinham de ser homologados pelo tribunal. Em suma, o direito português exige que os cônjuges deixem resolvidos os principais problemas que a dissolução do casamento suscita; com excepção da partilha dos bens comuns, que ficou deliberadamente excluída deste elenco.

A falta de apresentação dos "acordos complementares" ou a falta de homologação deles, por serem considerados irrazoáveis, determina o indeferimento do pedido de divórcio. Os cônjuges — que queriam o divórcio por mútuo consentimento — não o obtêm, porque não cumprem o ónus de apresentar acordos susceptíveis de homologação.

O regime do divórcio por mútuo consentimento tem sido facilitado em vários aspectos, como já se viu. Mas o legislador português nunca abriu mão dos *requisitos de responsabilidade*.

Não se pode dizer que haja uma tendência no sentido de exigir aos cônjuges que façam acordos sobre as consequências do divórcio — há sistemas jurídicos que os exigem e outros que não <sup>(10)</sup>.

b) No âmbito do divórcio unilateral, o direito português não impõe *requisitos de responsabilidade*. De facto, os cônjuges não são obrigados a apresentar quaisquer acordos sobre as consequências do divórcio — mas deve fazer-se um esclarecimento e uma correcção.

O esclarecimento é o seguinte: os acordos dos pais sobre o exercício do poder paternal não são exigidos, mas são bem vindos; com efeito, a lei manda que o tribunal decida, quando houver acordo dos pais, em conformidade com este acordo — seja um acordo pleno sobre o exercício conjunto do poder

<sup>(10)</sup> COMMISSION ON EUROPEAN FAMILY LAW, *Principles...*, cit., p. 39.

paternal, seja apenas um acordo parcial, sobre os assuntos que devem ser resolvidos pelos dois progenitores (art. 1906.º).

A correcção é esta: quando o divórcio unilateral se fundamenta em alteração das faculdades mentais do réu (art. 1781.º, al. c)), a lei impõe ao cônjuge autor a obrigação de prestar alimentos em favor do réu, no caso de este necessitar (art. 2016.º, n.º 1, al. b)). Com esta norma, pretende-se que o autor, liberto do vínculo do casamento, continue a assegurar as necessidades de cuidados do cônjuge doente, se este não tiver meios económicos bastantes.

6. Em face do regime do divórcio, no direito português contemporâneo, e tendo em conta que mais de 90% dos casos seguem a via do mútuo consentimento, podemos afirmar que a desvinculação matrimonial é muito fácil, e rápida. Porém, a lei portuguesa mostra bastantes cuidados com as *consequências da dissolução*, quer no ponto em que impõe aos cônjuges a regulamentação, por acordo homologado, das consequências principais, quer no modo pormenorizado como recomenda ao juiz, nas hipóteses de divórcio unilateral, a determinação dos regimes pós-divórcio.

Neste aspecto, o direito português também se mostra em sintonia com a tendência europeia que consiste em deslocar as preocupações jurídicas do acto da dissolução para as consequências desta.

### III. Apreciação crítica

O regime português do divórcio parece globalmente satisfatório para a grande maioria dos casais; com efeito, mais de noventa por cento dos que se

divorçam recorrem à via do mútuo consentimento, que é simples e rápida.

Porém, há problemas que subsistem.

1. Está generalizado o sentimento de que os ex-cônjuges faltam muitas vezes ao cumprimento das *obrigações alimentares* relativamente aos filhos menores, e o direito português não parece conter os remédios para este fenómeno. O problema não é fácil de resolver pois, como dizia um autor <sup>(1)</sup>, “nenhum sistema jurídico consegue pôr dinheiro no bolso dos progenitores que o não têm”; penso que nenhum sistema jurídico está satisfeito com a eficácia das suas normas, nesta matéria.

Entretanto, seguindo o movimento internacional, as mulheres portuguesas com filhos pequenos a seu cargo caminham provavelmente para um empobrecimento previsível, sem conseguir cobrar as pensões de alimentos que o ex-maridos prometeram e não cumprem.

Em 1998, porém, foi dado um passo relevante, com a constituição do Fundo de Garantia de Alimentos devidos a Menores que paga as somas devidas e se subroga no crédito do menor para recuperar as verbas do devedor. Um passo relevante, é certo, mas que não tem capacidade para resolver um problema com grande dimensão. Na verdade, em primeiro lugar, só opera no âmbito das pensões de alimentos de valor mais baixo, no quadro de uma população pobre; embora sejam estas as pessoas que mais precisam do Fundo, ele não deixa de ser limitado. Em segundo lugar, o Fundo não tem conseguido

<sup>(1)</sup> CRETNEY, *Principles of Family Law*, 6.ª ed., London, Sweet and Maxwell, 1997, p. 556.



exercitar o instrumento da sub-rogação para recuperar as verbas pagas. Em terceiro lugar, o crescimento desmesurado do número de casos ameaça ultrapassar as forças orçamentais disponíveis, numa época de contenção dos benefícios sociais.

Pessoalmente, seria favorável a que o direito português adoptasse estratégias mais agressivas de coação ao cumprimento, que visassem os incumpridores que têm evidentes recursos económicos e que se escondem por detrás do sigilo bancário e do direito à privacidade.

2. Mesmo na falta de um estudo mais amplo e conclusivo, supõe-se que não são apenas as decisões sobre alimentos que não são cumpridas — todos “*acordos complementares*” obtidos em divórcio por mútuo consentimento, parecem merecer pouco respeito pelos signatários, embora tenham sido livremente concluídos pelos cônjuges e tenham sido homologados pela autoridade pública (12).

O grau de incumprimento parece ser muito elevado e isto gera a suspeita de que os acordos são feitos com baixa convicção: os cônjuges, sabendo que o divórcio não será concedido se os acordos não forem apresentados, aceitam celebrá-los com a reserva mental de não tencionarem cumpri-los, mais tarde.

Se isto é assim — e não está confirmado que o seja — então parece duvidoso que mereça a pena perseverar no estabelecimento dos chamados requisitos de responsabilidade... que afinal responsabilizam tão

pouco. Posto isto, encaro como preferível a modificação do regime português no sentido de eliminar a necessidade dos “acordos complementares” com o carácter de verdadeiros requisitos (sem os quais o pedido de divórcio não é deferido) em favor da mera recomendação de que os cônjuges apresentem acordos, que a autoridade pública homologará sempre que possível; na falta de acordos, ou na impossibilidade da sua homologação, a autoridade pública deve decidir o regime que ficará em vigor, para futuro.

O que levantaria, é claro, dois problemas.

O primeiro problema reside na circunstância de o divórcio ser hoje da competência exclusiva das Conservatórias do Registo Civil, de tal modo que as consequências do divórcio, na ausência de acordo, seriam determinadas por um funcionário administrativo. Embora, segundo o direito vigente, o Conservador tenha a competência para homologar, ou não, os acordos que os cônjuges apresentem, parece ir mais longe a possibilidade de o Conservador decidir entre posições conflitantes dos cônjuges. Se esta competência fosse considerada excessiva, sempre poderia encarar-se a possibilidade de o processo ser remetido ao tribunal sempre que os cônjuges não apresentassem acordos sobre as consequências do divórcio, ou estes fosse rejeitados na fase da homologação.

O segundo problema é o de saber se, dispensada a obrigatoriedade da apresentação de “acordos complementares”, a autoridade pública que decidisse o regime das consequências do divórcio devia decidir oficiosamente ou a requerimento dos cônjuges. Seguindo a regra geral do processo civil, a autoridade pública só deve “dizer o Direito” quando for solicitada pelos particulares; segundo uma atitude

(12) AFONSO PAIRÃO, *Os acordos complementares no divórcio por mútuo consentimento*, «Lex Familiaris», n.º 4, Coimbra, Centro de Direito da Família/Coimbra Editora, 2005, p. 103 ss.

mais interventiva (porventura paternalista), a autoridade deveria determinar as consequências do divórcio mesmo que as partes não o solicitassem.

Para justificar a inclinação que sinto por esta segunda orientação, lembraria que os cônjuges podem não estar em condições de liberdade para requerer a um árbitro a determinação das consequências, e que a fixação de um regime reveste-se da maior importância quer para os filhos quer para os próprios cônjuges.

Se, porventura, o regime português deixasse de exigir os “acordos complementares” como requisito de deferimento do pedido, creio que seria recomendável voltar à exigência legal de um *período de reflexão*.

Hoje, a necessidade de fazer acordo sobre o destino dos filhos, a utilização da casa de morada da família, e sobre os alimentos, impõe aos cônjuges a concentração sobre as consequências da dissolução, ao mesmo tempo que solidifica a convicção do próprio pedido de divórcio. Se deixasse de se fazer aquela exigência, depois de se ter eliminado qualquer pausa no processo (com a eliminação da 2.<sup>a</sup> conferência) nada restará para sublinhar a importância da decisão.

Naquela hipótese de deixarem de ser exigidos os “acordos complementares” parecer-me-ia razoável seguir a recomendação <sup>(13)</sup> da Comissão para um Direito da Família Europeu (CEFL) no sentido do estabelecimento de um período de reflexão, sobretudo quando houvesse filhos menores de dezasseis anos, ou quando os cônjuges não tivessem sido capazes de atingir acordo sobre as consequências do divórcio.

3. Não me parecem totalmente claras as disposições legais relativas ao *exercício do poder paternal*, na sequência do divórcio.

O sistema partiu das antigas formulações que omitiam qualquer referência ao “exercício conjunto” e aceitavam pacificamente que o exercício do poder paternal fosse entregue a um dos progenitores. Porém, a Lei n.º 84/95 introduziu — como alternativa à solução clássica (e em segundo lugar na redacção da norma) a possibilidade de os pais prope-rem uma solução de exercício conjunto do poder paternal, que o juiz supostamente tenderia a aceitar. Por sua vez, a Lei n.º 59/99 terá pretendido assinalar uma qualquer preferência pelo “exercício conjunto” e apresentou-o em primeiro lugar, como que a sugerir que deveria ser a solução-regra do regime.

Creio bem que a boa intenção do legislador tem sido baldada pela força da tradição e, sobretudo, pelas dificuldades práticas do funcionamento do “exercício conjunto” — que acaba por sair desacreditado pela sua desadequação ao quotidiano dos menores. De facto, é tentador afirmar que as decisões sobre a vida dos menores têm de ser tomadas pelo progenitor com quem ele vive <sup>(14)</sup>.

A lei portuguesa diz que “desde que obtido o acordo dos pais, o poder paternal é exercido em comum por ambos, decidindo as questões relativas à vida do filho em condições idênticas às que vigoram para tal efeito na constância do matrimónio” (art. 1906.º, n.º 1). Julgo, porém, que a formulação legal é exagerada nos seus propósitos. Não é realista projectar um regime sobre a ficção de que se vão

<sup>(13)</sup> COMMISSION ON EUROPEAN FAMILY LAW, *Principles...*, cit., p. 33.

<sup>(14)</sup> MARIA CLARA SOTTOMAYOR, *Exercício do poder paternal*, Porto, Universidade Católica, 2003, p. 478-486.

perpetuar as condições que existiam durante a constância do casamento (15). Nem um juiz pode sentir-se totalmente confortável a decidir o “exercício conjunto”, mesmo que os cônjuges exibam um acordo nesse sentido, sabendo-se que as condições de facto vão ser adversas para os processos de decisão quotidiana.

Suponho que teria sido mais razoável adoptar aqui a distinção conhecida entre assuntos importantes e assuntos “da vida corrente” (16) para fomentar a decisão conjunta nos primeiros, sem prejuízo de deixar a decisão dos segundos ao progenitor com quem o filho fica a viver. No fundo, o regime poderia ser mais frequentemente de “exercício conjunto” desde que este não abrangesse todos os actos da vida do menor — como se os pais e os filhos ainda se encontrassem a viver como “na constância do matrimónio” — mas apenas os actos mais relevantes; deixando claramente os actos do quotidiano para a decisão do progenitor convivente.

Talvez esta redução do “exercício conjunto” aos aspectos mais relevantes pudesse, por si só, fomentar os acordos entre os progenitores — estes saberiam, desde o início, que a partilha de responsabilidades não se estenderia, exageradamente, a todas as decisões. Esta “medida” do “exercício conjunto” poderia reduzir os contactos entre os progenitores ao mínimo indispensável — e as oportunidades de conflito — ao mesmo tempo que sublinharia as responsabilidades do progenitor não-guardião, nas questões fundamentais.

(15) Talvez por isto CLARA SCOTOMAYOR afirme que as regras que valem para os progenitores casados se aplicam “analogicamente” mas “exigem (...) uma adaptação (...) à situação pós-divórcio” (*ob. cit.*, p. 496).

(16) Como se lê no art. 127.º, n.º 1, al. b).

Aceitando-se isto, a redacção do art. 1906.º, n.º 1, devia ser alterada nos seguintes termos: “Desde que obtido o acordo dos pais, o poder paternal é exercido em comum por ambos, quanto às questões de particular importância; cabe ao progenitor a quem o filho for confiado o exercício exclusivo do poder paternal quantos aos assuntos da vida quotidiana”.

Numa versão ainda mais favorável à prática do “exercício conjunto”, a norma poderia prevê-lo como regra, com todas as cautelas que o interesse do menor reclama, mesmo que os pais não tivessem exibido um acordo nesse sentido (17).

A redacção do art. 1906.º, n.º 1, poderia ser: “Salvo oposição fundamentada de qualquer dos progenitores, ou outros motivos ponderosos relativos ao interesse do menor, o poder paternal é exercido em comum por ambos, quanto às questões de particular importância; cabe ao progenitor a quem o filho for confiado o exercício exclusivo do poder paternal quanto aos assuntos da vida quotidiana.

Partindo desta versão mitigada do “exercício conjunto”, poderia facilmente aplicar-se a regra geral que está prevista para a solução dos desacordos na constância do casamento — o recurso ao tribunal — porque estariam em causa, por definição, questões de particular importância; mas já seria desnecessária a “presunção de consentimento” do progenitor não-convivente porque o progenitor guardião teria o exclusivo do poder de decidir nos actos da vida quotidiana. E quando se diz que não se aplicaria a presunção de consentimento, diz-se que não seria possível ao progenitor não-convivente ilidir anteci-

(17) O Projecto espanhol altera, neste sentido, o art. 92.º do Código civil.

padamente a presunção, manifestando previamente o seu desacordo (18); que não haveria lugar para um pedido de indemnização pela violação sistemática do direito de participar na educação do menor (19); e que não seria necessário distinguir entre terceiros de boa fé e de má fé, para proteger os primeiros e, ao contrário, para permitir impugnar os actos praticados com o conhecimento da oposição do progenitor não-convivente (20).

#### IV. Aproximação dos regimes ibéricos

1. É interessante notar que o Projecto de Lei espanhol modificará o regime vigente de tal maneira que os direitos peninsulares ficarão mais próximos do que estão, actualmente.

a) No que respeita aos *tipos de divórcio*, embora o direito português mantenha as causas "subjectivas" ao contrário do projecto, o novo regime introduz o divórcio por mútuo consentimento que é o caminho usado pela esmagadora maioria dos casais portugueses que se divorciam. A diferença que se mantém é amplamente compensada pela aproximação adquirida.

b) No que respeita aos *requisitos de maturidade*, o divórcio por mútuo consentimento poderá ser requerido passados três meses desde a celebração do matrimónio; o direito português não exige o decurso de qualquer prazo. Também neste aspecto se regista uma aproximação considerável.

c) Modifica-se, igualmente, a necessidade de uma separação prévia dos cônjuges para que se possa requerer o divórcio (de acordo com o art. 86.º), com o intuito de assegurar um *requisito de convicção* dos cônjuges; o divórcio poderá ser pedido sem separação prévia. No direito português, o divórcio por mútuo consentimento não supõe qualquer separação prévia; mas o divórcio unilateral com base em separação de facto exige uma separação de três anos, ou apenas de um, se o réu acabar por aceitar a dissolução do casamento.

Apesar da diferença que subsiste, pode reconhecer-se também aqui uma convergência dos regimes ibéricos.

d) Acrescentarei ainda a preocupação de ambos os regimes no sentido de fomentar o exercício conjunto do poder paternal.

2. Os propósitos de harmonização do direito da família são mal vistos por muitos juristas. Sempre se disse que o direito da família é profundamente influenciado pelas tradições nacionais e, por este motivo, resiste sempre aos esforços de aproximação.

A diversidade dos direitos da família nacionais contrastou sempre com a relativa semelhança dos direitos que disciplinaram as trocas e os movimentos do dinheiro. Assim se formou a ideia de que a unificação talvez fosse possível no domínio do direito dos contratos mas não tinha viabilidade no direito da família.

Creio que esta ideia não tem a força que parece (21)...

(18) Cfr. MARIA CLARA SOTOMAYOR, *ob. cit.*, p. 511 e 521 ss.

(19) *Idem.*, p. 522.

(20) *Idem.*, p. 512.

(21) Como afirmei em *Um direito da família europeu? (Play it again, and again... Europe!)*, in «Temas de Direito da Família», 2.ª ed., Coimbra, Centro de Direito da Família/Coimbra Editora, 2001, p. 319-321.

As chamadas “tradições nacionais” não impediram, ao longo do tempo, que se criassem *algumas convergências básicas* entre os países europeus. Assim, o *casamento católico*, tal como o conhecemos hoje, foi laboriosamente conseguido durante quinze séculos, no seio da pluralidade dos ritos romanos e germânicos que se praticavam na Europa medieval. A lenta imposição do casamento católico, formalizada no Concílio de Trento, constituiu, no seu tempo, um gesto de unificação do direito matrimonial. O *casamento laico*, por sua vez, instalado pela Reforma protestante, generalizou-se a todos os países europeus durante os últimos séculos, como se resultasse de uma velha tradição comum... O *divórcio*, proscrito em todos os direitos nacionais durante a época da dominação exclusiva do direito canónico, foi reintroduzido também pela Reforma e pela sua ideia contratualista do matrimónio, e hoje é património comum dos sistemas europeus — protestantes e católicos. As *relações patrimoniais* entre os cônjuges também mostram movimentos de convergência. GLENDON<sup>(22)</sup> já sublinhou as transformações dos sistemas ditos “separatistas” no sentido da solidariedade; e dos sistemas ditos “comunitaristas” no sentido da independência dos cônjuges. A convergência mais nítida é talvez a que se centrou na tutela da casa de morada da família, que exhibe um regime provavelmente idêntico numa grande quantidade de sistemas nacionais. Parece igualmente clara a aproximação de todos os países europeus no sentido do reconhecimento da independência dos cônjuges e da sua capacidade para negociar com terceiros, e entre si, em condições de

plena igualdade. Se estas faculdades jurídicas já eram tradicionais nos países do norte da Europa, hoje também se encontram nos países do sul, apesar de o direito português ainda não ter acompanhado os restantes. Também é nítido, por toda a parte, que se desvaneceu a prática dos *esponsais* e do *dote*.

Ou seja: sempre se notaram grandes convergências mais antigas ou mais recentes, fruto espontâneo dos movimentos sociais que a Europa empreendeu. As chamadas “tradições nacionais” mudaram, em vez de impedirem a mudança.

Nestas condições, também acredito no “paralelismo espontâneo” de que falou DIETER MARTINY<sup>(23)</sup>; também creio que os movimentos no sentido da “privatização” do amor, do casamento e da família, e a tendência constante para a globalização, podem levar a Europa a ter um direito da família semelhante, mesmo que as várias instâncias de poder não façam nada para obter esse resultado.

3. Sendo assim, não estranho nada que o novo regime do divórcio, em Espanha, se mostre mais próximo do regime português — e porventura dos outros países europeus — sem que tenha havido qualquer propósito nessa direcção. A livre circulação das pessoas no espaço europeu e a comunicação global encarregar-se-ão de desvanecer as diferenças nacionais e de configurar os regimes nacionais no sentido da semelhança.

Não me admirava nada que os próximos passos da modernização do regime do divórcio em Portugal

<sup>(22)</sup> *The transformation of family law*, Chicago/London, The University of Chicago Press, 1989.

<sup>(23)</sup> *Is unification of family law feasible or even desirable?*, in *Towards a european civil code*, 2.<sup>a</sup> ed., The Hague/London/Boston, Kluwer Law International, 1998, p. 163.

se traduzam na eliminação do divórcio com causas "subjectivas", assente em comportamentos culposos do réu; e porventura no entendimento dos "acordos complementares" do divórcio por mútuo consentimento" como recomendações legais, em vez de serem verdadeiros requisitos cuja falta implica o indeferimento do pedido. Se assim for, aí estarão novas expressões de convergência entre os direitos ibéricos do divórcio.

E quem ganha com esta aproximação? Certamente os casais binacionais, que todos os anos se casam e se divorciam dos dois lados da nossa cada vez mais ténue fronteira, embora o seu número talvez ainda não seja muito expressivo. A lei aplicável aos pedidos de divórcio será a lei da residência habitual dos cônjuges, tanto em Portugal como em Espanha (24).

A mudança de país de residência — hoje — ainda provoca alterações importantes do regime jurídico, para o cônjuge nacional de um dos países que vá residir para o outro; e estas alterações — provocadas pela mera passagem da fronteira — constituem surpresas que podem ferir expectativas importantes. Com a entrada em vigor do Projecto que hoje nos reúne, as diferenças causadas pela mudança de residência serão menores. E também as surpresas para qualquer dos cônjuges. Afinal, não pertence ao conteúdo da "ideia europeia" facilitar a mobilidade dos cidadãos, harmonizar o Direito para que a mobilidade não cause danos de qualquer espécie?

É claro que teremos de esperar muito tempo por esta eventual "harmonização espontânea". Na antiga colónia portuguesa que hoje é a República de Cabo Verde há um ditado entre as mulheres que afirma: "quem tem paciência até pare um filho branco". Creio que precisaremos de uma paciência assim...

(24) Arts. 55.º e 52.º do Código Civil português; arts. 9.º e 107.º do Código Civil espanhol.