

## PORTUGAL! UM PAÍS DE CONTRASTES...

Guilherme de Oliveira\*

O regime jurídico do casamento, em Portugal, apresenta contrastes flagrantes: em certos aspectos parece antiquado e noutros aspectos mostra-se surpreendentemente moderno e arrojado, para o bem ou para o mal...

I. a) No âmbito dos efeitos pessoais, o Código civil português ainda contém uma lista de “deveres recíprocos dos cônjuges”, aliás extensa, que se aproxima mais do antigo paradigma prussiano do que do minimalismo que encontramos no actual BGB.

De facto, a lei portuguesa impõe aos cônjuges a obrigação de se porem de acordo sobre a orientação da vida em comum (art. 1671º, n.º 2) e impõe-lhes ainda os deveres de respeito, fidelidade, coabitação, cooperação e assistência (art. 1672º); no mesmo lugar sistemático em que o BGB afirma, singelamente, a obrigação de viver em comum como pessoas casadas (§1353, I, 2). De certo modo, o direito português está mais perto do antigo regime prussiano de 1792 – em que se definia pormenorizadamente os deveres do casal, chegando ao ponto de se estabelecer que a mãe tinha a obrigação de amamentar o filho... até ao momento que o marido definisse! – do que o próprio BGB, herdeiro natural daquele regime.

Assim, neste aspecto, a lei portuguesa reconhece aos cônjuges uma liberdade limitada para conformar a sua vida, para encontrar um “estilo próprio” de viver em matrimónio. Neste sentido, pode dizer-se que o direito português mantém a visão iluminista das primeiras codificações, que determinavam o modo de viver dos cidadãos em todas as suas dimensões, incluindo a vida de casados. O texto do actual art. 1576º é significativo quando define o casamento como um contrato celebrado “nos termos das disposições deste código”, sugerindo, deste modo, que o matrimónio é uma espécie de “contrato de adesão”, em que os aderentes não podem modificar as cláusulas

---

\* Professor catedrático de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

contratuais, que se apresentam fixadas e iguais para todos. Deve ter sido a isto que Carbonnier chamou *panjurismo iluminista*.

b) Um certo ar *retro* do sistema português afirma-se – talvez ainda com mais vigor – no ponto em que se determina a *imutabilidade do regime de bens* adoptado por cada casal. Isto é: depois de ter sido escolhido um certo regime, ou de ter sido aplicado o regime supletivo legal, não é permitido trocá-lo por outro.

Já é difícil usar, nos tempos que correm, as justificações tradicionais em que assentava a regra da imutabilidade dos regimes de bens<sup>1</sup>; mais vale confessar que o regime já não tem justificação e que se espera uma alteração legislativa, neste particular. É certo que, tanto quanto sabemos, não há um sistema perfeito que permita as modificações dos regimes durante o casamento – os vários sistemas jurídicos europeus praticam vários modos e todos suscitam dificuldades. Mas não há dúvidas de que as exigências da contratação e da vida económica têm imposto o abandono daquela regra antiga, sobretudo quando um dos cônjuges se envolve em actividades mais arriscadas e se pretende preservar uma parte do património, através da separação de bens; ou quando se deseja garantir ao cônjuge sobrevivente uma porção de bens maior do que o direito sucessório lhe proporciona, através da comunhão geral.

Prevejo que o legislador português venha brevemente a admitir modificações do regime de bens durante a vigência do casamento – modificações sujeitas a um controlo prévio do tribunal, ou modificações meramente publicitadas e sujeitas a impugnação pelos eventuais prejudicados, como parece mais consentâneo com as tendências liberais contemporâneas.

c) No regime legal do divórcio, o sistema português tem deixado permanecer um aspecto que há muito entrou em crise: o divórcio baseado na culpa. Na verdade, continua a ser possível pedir a dissolução do casamento alegando “violação culposa” dos deveres conjugais, segundo um processo tradicional, relativamente demorado e seguramente traumático.

<sup>1</sup> A preservação dos pactos de família, a protecção das expectativas de terceiros e a protecção de um cônjuge contra o outro.

É certo que este não é o único caminho. A lei portuguesa prevê outras formas de dissolução do casamento: qualquer dos cônjuges pode pedir o divórcio com base numa separação de facto prolongada, e os dois cônjuges podem requerer a dissolução por mútuo consentimento. Também interessa saber que o percurso antigo – com base na culpa – só é escolhido em cerca de 4% dos casos.

Este caminho baseado na culpa tende a ser rejeitado por quem deseja evitar que a decisão do divórcio seja mais do que uma dissolução objectiva do casamento, e constitua a oportunidade para castigar um cônjuge culpado, na sequência de uma produção de prova traumática. Cada vez mais se pode defender que a apreciação da culpa e do dano sejam remetidas para a sede própria, que é a acção de responsabilidade civil.

II. Em contraste com os aspectos acabados de mencionar, o direito português consagra um regime de divórcio por mútuo consentimento que se pode considerar arrojado, no contexto europeu; e consagra também uma certa forma de divórcio unilateral.

Por um lado, os cônjuges podem requerer o divórcio quando quiserem – podem casar de manhã e requerer o divórcio à tarde; por outro lado, o divórcio é decidido por uma autoridade administrativa – pelo Conservador do Registo Civil. Além disto, nem sequer precisam de respeitar um “período de reflexão” no decorrer do processo – a lei portuguesa deve ter admitido que as funções do “período de reflexão” ficam cumpridas pela necessidade de apresentarem acordos sobre o destino e alimentos dos filhos, sobre a utilização da casa de morada da família e sobre os alimentos entre cônjuges.

No direito português permite-se uma certa forma de divórcio unilateral. Na verdade, se um cônjuge abandonar a comunhão de vida e permanecer três anos separado de facto, pode requerer o divórcio contra a vontade do outro; este não poderá evitar a dissolução do casamento.

Parece claro que, ao lado de aspectos de regime ultrapassados pela evolução dos sistemas europeus, também se encontram soluções novas que muitos países ainda não parecem dispostos a adoptar.

III. Refiro agora alguma desarmonia que persiste no regime do poder paternal.

A chamada “guarda conjunta” dos filhos estava ainda bastante ausente da comunidade jurídica quando, em 1977, foi feita a grande Reforma do Direito da Família. Por isso, as normas introduzidas no Código civil ainda não faziam referência expressa a essa forma de organizar o exercício conjunto do poder paternal. De facto, na sequência do divórcio, os textos legais seguiam a regra habitual de entregar as crianças a um dos progenitores, e esperava-se que este progenitor fosse a mãe; por outro lado, quando se registava o nascimento de uma criança nascida de pais não casados, e que viviam separados, o poder paternal ficava confiado a um deles, presumivelmente à mãe.

Alguns anos depois, alguma doutrina começou a difundir a ideia da “guarda conjunta” e as suas vantagens do ponto de vista do interesse das crianças, embora as dificuldades práticas conhecidas alimentem o cepticismo, até hoje.

Numa época em que já parecia possível tentar, em alguns casos, o “exercício conjunto do poder paternal”, a lei civil foi alterada no sentido de que os pais podiam formular em conjunto uma pretensão nesse sentido, que o juiz aceitaria.

Porém, este movimento em direcção ao “exercício conjunto” do poder paternal só foi iniciado no âmbito do divórcio e das suas consequências; os pais casados e que se encontram em processo de divórcio é que podem fazer um acordo e pretender assegurar em conjunto as responsabilidades parentais.

Neste movimento, esquecemo-nos dos pais não-casados. De facto, o regime legal que disciplina o registo de nascimento de crianças filhas de progenitores não-casados determina que apenas os pais que vivam “maritalmente” podem requerer na Conservatória do Registo Civil o “exercício conjunto” do poder paternal (art. 1911º, n.º 3); se os pais não-casados viverem separados, o poder paternal é exercido apenas por um dos progenitores – aquele a quem o filho for confiado, presumivelmente à mãe (art. 1911º, n.º 1 e 2). Os casos serão minoritários, é certo, mas existem. Na verdade, os dados estatísticos mostram que houve 29% de nascimentos fora do casamento, em 2004 (contra 18% em 1995), e que em 80% dos casos os pais destas crianças viviam em comum – em 20% dos casos os pais vivem separados.

O art. 1911º está, portanto, a suscitar interrogações<sup>2</sup>.

O Provedor de Justiça fez notar<sup>3</sup>, em 2005, que o regime da lei não é adequado: na verdade, enquanto os pais divorciados podem acordar num regime de exercício conjunto do poder paternal, que pode ser aprovado pelo juiz do divórcio, os pais não casados só podem escolher um regime assim no caso de conviverem “maritalmente”. Ou seja, os pais divorciados (que vivem obviamente separados) podem escolher o exercício do poder paternal em conjunto, enquanto os pais não casados só podem fazê-lo se viverem em coabitação. De facto, esta diferença entre os dois “tipos” de pais pode não ter uma justificação suficiente.

Qualquer que seja o cepticismo relativamente à viabilidade do exercício conjunto do poder paternal, o certo é que a faculdade de acordar naqueles termos existe, para os pais que estão em processo de divórcio e que, portanto, vão viver separados. Então, também se deve considerar a possibilidade de os pais que vivem separados, e que nunca foram casados, pretenderem o exercício conjunto das suas responsabilidades parentais. Já que hoje se considera admissível – e até desejável – que os dois progenitores exerçam em conjunto o poder paternal mesmo que vivam separados, então parece oportuno emendar o regime do art. 1911.º no sentido de permitir que os pais não casados – vivam juntos ou não – declarem que pretendem o “exercício conjunto”.

No caso de se admitir esta evolução legislativa, deve ainda ser ponderado se os pais que não vivem juntos podem exercer livremente a faculdade de escolher o “exercício conjunto”, ou se o acordo nesse sentido fica sujeito a qualquer espécie de controlo pelo Conservador, tal como os acordos sobre o destino dos filhos têm de ser homologados pelo Conservador, e vistos pelo Ministério Público, nas hipóteses de divórcio por mútuo consentimento.

<sup>2</sup> Mesmo quanto à faculdade que é reconhecida aos pais que vivam “maritalmente” de declararem a sua vontade de exercerem em conjunto o poder paternal, nota-se alguma suspeita de que nem todas as Conservatórias do Registo Civil dão conhecimento aos pais daquela faculdade legal; o que tem por consequência a concessão do exercício exclusivo do poder paternal à mãe (art. 1911º, n.º 1 e 2). Resta saber se esta ideia corrente tem algum fundo de verdade.

<sup>3</sup> Recomendação n.º 1/B/05, em [www.provedor-jus.pt](http://www.provedor-jus.pt) (em Junho de 2006).



IV. Menciono agora, em último lugar, alguns aspectos relativos ao estatuto jurídico de “outras formas de convivência” familiar.

Em 1999, foi publicada uma lei sobre o regime jurídico da união de facto. A protecção concedida aos conviventes era limitada a benefícios da segurança social, da fiscalidade, a alguns direitos tímidos sobre a casa de morada; e reconhecia-se a faculdade de adoptar crianças em condições análogas aos casados. Em 2001, uma nova lei substituiu a anterior, apenas para conceder o mesmo estatuto às uniões homossexuais, com excepção da adopção de crianças.

Quanto ao instituto do casamento, porém, não se tem notado um verdadeiro movimento de abertura aos candidatos do mesmo sexo.

No momento em que os nossos vizinhos espanhóis admitiram o casamento de homossexuais, o direito português é especialmente claro no seu repúdio.

Embora tivesse sido desnecessário definir o Casamento, a lei portuguesa consagrou uma definição: “Casamento é o contrato celebrado entre duas pessoas de sexo diferente que pretendem constituir família mediante uma comunhão plena de vida, nos termos das disposições deste código” (art. 1576º). Da própria definição resulta que duas pessoas do mesmo sexo não podem celebrar este contrato. Mas o Código civil português é ainda mais claro quando, entre os casos de “inexistência do casamento”, inclui “o casamento contraído por duas pessoas do mesmo sexo” (art. 1628º, e)). E o regime da inexistência implica que o acto não produza qualquer efeito jurídico, nem sequer um “efeito putativo” (art. 1630º).

Porém, durante o corrente ano de 2006, o assunto foi chamado à atenção dos portugueses através de duas mulheres que formularam a pretensão de casar numa Conservatória de Lisboa.

Os defensores da exclusão de casamentos entre pessoas do mesmo sexo invocaram os textos do Código civil, com a clareza exposta; pelo contrário, os defensores da admissibilidade de matrimónios entre pessoas do mesmo sexo invocaram o texto da Lei Fundamental com a sua proibição de discriminações em função do sexo (art. 13º). Entretanto, o Ministro da Justiça, da maioria socialista, afirmou que a questão não estava na agenda política do Governo, e o assunto deixou de aparecer na discussão pública.

Parece evidente que a questão nunca será resolvida através de interpretações mais ou menos rebuscadas dos textos legais pois, se há

algum mérito nas interpretações rebuscadas, é o mérito de se equivalerem e anularem umas às outras.

A questão depende, evidentemente, da eficácia das forças sociais – umas tentarão impor uma alteração legislativa que faça eliminar o requisito da diversidade de sexos das normas civis sobre a celebração do casamento; outras defenderão a permanência daquele requisito, e remeterão as formas de convivência homossexual para o regime vigente da união de facto ou para outro figurino legal novo, que tenha um nome próprio.

Pela minha parte, estou de fora de qualquer campanha. Porém, não me repugna eliminar o requisito da diversidade de sexos e abrir o contrato de casamento a pessoas do mesmo sexo. Em primeiro lugar, porque não sinto imperativos religiosos que me imponham a defesa do conceito e da prática do casamento tal como ele existe; em segundo lugar, porque os valores da afectividade, do companheirismo e da solidariedade, que estão ínsitos na ideia de matrimónio, também valem para uma comunhão de vida entre pessoas do mesmo sexo; em terceiro lugar, porque a procriação não é um “fim essencial” do casamento; em quarto lugar porque, tecnicamente falando, as normas do Código civil que disciplinam o casamento podem ler-se e aplicar-se indistintamente a pessoas de sexo diferente ou do mesmo sexo.

