

# IDEOLOGIAS E ILUSÕES NO REGIME JURÍDICO DO DIVÓRCIO E DAS RESPONSABILIDADES PARENTAIS\*

Jorge Duarte Pinheiro\*\*

*Sumário:* I. A neutralidade impossível. II. Ideologias matrimoniais. III: A ideologia matrimonial da Lei nº 61/2008, de 31 de Outubro. IV. Ilusões no Direito da Filiação. V. Fontes de inspiração da lei portuguesa. VI. Vida Comum sem Coabitação? VII. Ideologia/ilusão do autor.

## I. A neutralidade impossível

1. No campo do Direito da Família e das Crianças, a neutralidade legislativa é impossível. A lei reflecte sempre ideologias, concepções de vida.

Por exemplo, a lei portuguesa, à imagem de tantas outras leis ocidentais, acolheu o princípio da monogamia (como decorre do artigo 1601º, alínea c), do Código Civil e do artigo 247º do Código Penal). No entanto, este elemento tido como essencial da civilização europeia (embora sem referência constitucional explícita) não é incontestado. Como é sabido, o direito de Países islâmicos permite o casamento poligâmico. E, dentro do espaço jurídico da América e da Europa, conhecem-se

---

\* Texto elaborado em 2009, com base na intervenção sob o mesmo título, realizada no âmbito da 3ª Acção de Formação do Conselho Superior da Magistratura, “Divórcio e regulação do exercício das responsabilidades parentais/Nova visão do Direito de Família e das Crianças”, Palmela, 5 de Novembro de 2009. Destina-se a ser publicado na obra *Estudos em Homenagem a Carlos Ferreira de Almeida*, membro do Conselho.

\*\* Professor associado da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, que publicou os seguintes trabalhos sobre a matéria do regime jurídico e das responsabilidades parentais: *O núcleo intangível da comunhão conjugal*, Coimbra, Almedina, 2004 (em especial, pp. 614-620 e 636-661), antes da Lei nº 61/2008, de 31 de Outubro; e, já na vigência desta lei, *O Direito da Família Contemporâneo*, 2ª ed., Lisboa, AAFDL, 2009 (em especial, pp. 294-335 e 640-669); *O ensino do Direito da Família Contemporâneo*, Lisboa, AAFDL, 2008 (em especial, pp. 415-420); “A nova lei do divórcio portuguesa, no jornal brasileiro *O Liberal*, de Belém do Pará, 2 de Dezembro de 2008; “A nova Lei do Divórcio Portuguesa (Lei nº 61/2008, de 31 de Outubro), *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*, v. 8 (Fev./Mar. 2009), pp. 83-91.

decisões judiciais que reconhecem eficácia patrimonial ao casamento poligâmico contraído no estrangeiro e a um casamento contraído por uma parte que ainda se encontrava casada (por força do instituto do casamento putativo), bem como posições doutrinárias que sustentam *de iure condendo* a admissibilidade da poligamia.<sup>1</sup>

Prosseguindo no âmbito do Direito Matrimonial, a Constituição da República Portuguesa decidiu consagrar o princípio da igualdade dos cônjuges (artigo 36, n.º 3), o que ditou uma rejeição da figura do marido como chefe da família, prevista na versão originária do Código Civil Português de 1966 (artigo 1674.º). Foi mais uma opção, relativamente consensual no universo ocidental contemporâneo. Ou seja, houve uma escolha, condicionada pelo contexto cultural e temporal, e uma escolha que, esclareça-se, não é considerada legítima por todos os juristas europeus. Entre estes, refira-se H.-M. Pawlowski<sup>2</sup>, que nega legitimidade à imposição do princípio da igualdade entre cônjuges, com o argumento de que a dita imposição não se harmoniza com a liberdade fundamental de convicção, designadamente de convicção religiosa (por excluir a relevância da vontade dos fundamentalistas cristãos ou islâmicos que contraem casamento).

O próprio domínio da protecção e promoção do desenvolvimento do menor não está subtraído ao impacto da ideologia. A Constituição da República Portuguesa consagrou um modelo universal e milenar, o *modelo da criança na família*, ao estabelecer que “os filhos não podem ser separados dos pais, salvo quando estes não cumpram os seus deveres fundamentais para com eles e sempre mediante decisão judicial” (artigo 36.º, n.º 6). Contudo, outro foi o modelo tido como desejável por um dos maiores pensadores da civilização ocidental: Platão, que defendeu o *modelo de criança na comunidade*. Na obra *A República*, entende-se que uma sociedade justa pressupõe que ninguém saiba de quem é pai e de quem é filho, incumbindo às autoridades tomar conta das crianças.<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> Para maiores desenvolvimentos, ver JORGE DUARTE PINHEIRO, “Poligamia e uniões paralelas”, em Maria Berenice Dias/Jorge Duarte Pinheiro, *Escritos de Direito das Famílias: uma perspectiva luso-brasileira*, Porto Alegre (Brasil), Magister Editora, 2008, pp. 55-74.

<sup>2</sup> H. -M. PAWLOWSKI, “Die Ehe im Staat der Glaubensfreiheit”, *Familie und Recht (FuR)* 4/90, pp. 213-215, e “Abschied von der «Bürgerliche Ehe»?”, em AA.VV., *Studi in onore di Pietro Rescigno*, II.1., Milão, Giuffrè, 1998, pp. 695-715. Para uma apreciação muito crítica das posições deste insigne autor do relativismo jusfamiliar europeu, cf. JORGE DUARTE PINHEIRO, *O núcleo intangível da comunhão conjugal*, Coimbra, Almedina, 2004, pp. 377-389.

<sup>3</sup> O modelo de Platão, aparentemente tão repugnante, não será o único que permite alcançar uma verdadeira igualdade de oportunidades, uma verdadeira igualdade à nascença? Cf. JORGE DUARTE PINHEIRO, “Critério biológico e critério social ou *afectivo* na determinação da filiação e da titularidade da guarda dos menores”, *Lex Familiae* ano 5, n.º 9, Janeiro/Junho 2008, pp. 5-7.

Outra ideia, muito difundida em Portugal, é a de que a adopção é o instrumento ideal para proteger as crianças privadas de um ambiente familiar normal. No entanto, a ideia não é nem moderna nem universal. A adopção foi abolida pelo Código Civil de 1867 e reintroduzida somente no Código Civil de 1966. E nos Países que estão sob maior influência islâmica, o instituto não é reconhecido (em seu lugar vigora a Kafala ou Kefala, uma espécie de relação legal de cuidado que surge entre o adulto e uma criança, em benefício desta).<sup>4</sup>

Ora, o novo regime jurídico português do divórcio e das responsabilidades parentais é, inevitavelmente, um produto de valores e representações específicas, o resultado de certas *ideologias e ilusões*.

## II. Ideologias matrimoniais

2. Num enunciado simplista, podemos detectar duas grandes ideologias matrimoniais: a de que “o casamento é para toda a vida” e a de que “o casamento constitui uma restrição intolerável aos direitos fundamentais” (para quem não pretende a subsistência do vínculo).

As duas mencionadas ideologias, perfeitamente opostas, não surgem sempre numa forma pura e, ao contrário do que se supõe, não traduzem graus diferentes de evolução temporal.

No período da Revolução Francesa, por exemplo, ambas as opções foram objecto de discussão, na Assembleia Nacional: em 1791, Durand Maillane batia-se pela visão do casamento enquanto contrato civil perpétuo; em 1792, Sédillez reconduzia o casamento a um contrato dissolúvel pela vontade das partes, porque celebrado com vista à sua felicidade.<sup>5</sup>

3. A história portuguesa prova igualmente a relatividade temporal das teses contrapostas.

---

<sup>4</sup> Sobre a época presente de “euforia pela adopção”, cf. JORGE DUARTE PINHEIRO, “Critério biológico”, texto citado na nota anterior, pp. 10-12.

<sup>5</sup> Cf. ALFRED DUFOUR, *Mariage et société moderne (Les idéologies du droit matrimonial moderne)*, Fribourg (Suíça), Éditions Universitaires Fribourg Suisse, 1997, pp. 37-39, 70-71.

Até 1910, o divórcio não era admitido. O Código Civil de 1867 previa unicamente o instituto da separação de pessoas e bens (artigos 1204º e s.).

A história portuguesa da legislação do divórcio começa pouco depois da instauração da República, com a publicação do Decreto de 3 de Novembro de 1910, conhecido como Lei do Divórcio.

A Lei do Divórcio de 1910 é uma das leis mais liberais do mundo da época, em matéria de dissolução de casamento. O diploma fixa um sistema em que o divórcio tanto pode ser concedido por via litigiosa como por mútuo consentimento. E o divórcio litigioso podia ser decretado quer por causas subjectivas (por exemplo, adultério), quer por causas objectivas (por exemplo, separação de facto).

Todavia, no início da II Guerra Mundial, é assinada a Concordata de 1940 entre Portugal e a Santa Sé, que proíbe o divórcio para os casamentos católicos que viessem a ser celebrados futuramente, o que representa uma substancial viragem na concepção do sistema de dissolução do casamento. Note-se que entre 1940 e 1975 a esmagadora maioria da população portuguesa (cerca de 90%) contraiu casamento segundo o rito da Igreja Católica.

O Código Civil de 1966, na sua versão originária, manteve a proibição do divórcio no caso de casamento católico celebrado após a Concordata de 1940; e restringiu fortemente a faculdade de divórcio, no caso de casamento civil, abolindo o divórcio por mútuo consentimento e o divórcio litigioso com base em causas objectivas.

Em 25 de Abril de 1974 ocorre a chamada “Revolução dos Cravos”, que, à semelhança de outro preponderante momento político do século XX português (que foi a instauração da República), teve profundas repercussões no regime do divórcio.

No ano seguinte, em 1975, é assinado o Protocolo Adicional à Concordata de 1940, que permitiu que, daí em diante, pudesse requerido o divórcio tanto nos casamentos civis como nos casamentos católicos.

Em 1977 verifica-se a Reforma do Código Civil, que estabelece os traços essenciais do regime que irá vigorar em Portugal durante mais de 30 anos. Na versão da Reforma, o Código Civil consagra duas modalidades de divórcio: o divórcio por mútuo consentimento e o divórcio litigioso. O divórcio litigioso pode ser decretado com fundamento em causas subjectivas (violação grave de deveres conjugais) ou em causas objectivas (*v.g.*, separação de facto). No divórcio litigioso, o juiz deve declarar a culpa dos cônjuges, quando a haja. A declaração de um dos cônjuges como único ou principal

culpado da ruptura da vida em comum tem para ele consequências patrimoniais negativas no domínio da partilha, das doações e dos alimentos.

Entre a Reforma de 1977 e 2008, o regime do divórcio foi alterado três vezes (Decreto-Lei nº 163/95, de 13 de Julho, Lei nº 47/98, de 10 de Agosto, e Decreto-Lei nº 272/2001, de 13 de Outubro). Deste modo, nas vésperas da entrada em vigor da Lei nº 61/2008, de 31 de Outubro, o divórcio por mútuo consentimento, que corresponde a cerca de 90% do total dos divórcios, podia ser requerido pelos cônjuges a todo o tempo (e, portanto, no próprio dia do casamento) e era decretado pelo conservador do registo civil.

Ou seja, até 1910 dominou a ideologia do casamento para toda a vida. Em 1940 houve uma reaproximação a esta orientação, que foi aprofundada em 1966.

### **III. A ideologia matrimonial da Lei nº 61/2008, de 31 de Outubro**

4. O modelo de divórcio litigioso (em sentido restrito) cristalizado na Reforma de 1977 foi substancialmente modificado pela lei de 2008. Agora designado como “divórcio sem consentimento de um dos cônjuges”, o divórcio litigioso é requerido com fundamento em causas objectivas amplas (“qualquer facto que mostre a ruptura definitiva do casamento”), perdendo autonomia a violação culposa de deveres conjugais; além disso, deixa de haver declaração de culpa dos cônjuges, pelo que o comportamento das partes na constância do matrimónio é, em geral, tido como irrelevante na determinação dos efeitos da dissolução do casamento.

A Lei nº 61/2008, de 31 de Outubro, deu mais um passo no sentido da ideologia do "casamento enquanto restrição aos direitos fundamentais", reforçando a liberdade de desvinculação, mediante alterações ao regime dos pressupostos e dos efeitos do divórcio.

No capítulo dos pressupostos, convém destacar as seguintes alterações:

- Alargamento da categoria do divórcio por mútuo consentimento (admissível, havendo ou não acordo quanto a matérias complementares);
- Abolição do divórcio fundado na violação culposa dos deveres conjugais;

- Encurtamento dos prazos para concessão do divórcio, sem consentimento de um dos cônjuges, fundado em causas objectivas (artigo 1781º, alíneas a), b) e c), do Código Civil);

- Consagração de causa geral objectiva para o divórcio sem consentimento de um dos cônjuges (artigo 1781º, alínea d)).

No capítulo dos efeitos, as principais mudanças foram as seguintes:

- Abolição da declaração de culpa e dos efeitos associados;

- Aplicação de antigos efeitos negativos da culpa a ambos os cônjuges (proibição da partilha segundo regime com comunicabilidade superior ao da comunhão de adquiridos, ao abrigo do artigo 1790º do Código Civil, e caducidade das liberalidades em vista do casamento ou em consideração do estado de casado, nos termos do artigo 1791º, nº 1, do Código Civil);

- Atribuição de cariz excepcional ao direito de alimentos entre cônjuges, que, além disso, quando reconhecido, é expressamente limitado e tido como secundário (artigos 2016º e 2016º-A do Código Civil).

5. Parece-nos positivo que a Lei nº 61/2008, de 31 de Outubro, tenha posto fim à declaração de culpa no divórcio e às consequências patrimoniais negativas associadas a tal declaração, uma vez que o regime português anterior de sanção do ilícito conjugal mediante os efeitos do divórcio (artigos 1790º a 1792º e 2016º, na redacção do DL nº 496/77, de 25 de Novembro, do Código Civil<sup>6</sup>) padecia de rigidez e aleatoriedade.

Tão-pouco nos suscita crítica a solução do novo texto do artigo 1792º, nº 1, do Código Civil. Identifica-se com a modificação que propúnhamos, "uma alteração clarificadora, que, repudiando abertamente a tese da fragilidade da garantia, contribua para uma utilização mais efectiva dos meios comuns de tutela entre os cônjuges"<sup>7</sup>.

Todavia, a Lei nº 61/2008, de 31 de Outubro, não centrou a regulamentação jusfamiliar das consequências da dissolução do casamento na equidade<sup>8</sup>, mostrando-se

---

<sup>6</sup> O cônjuge *declarado único ou principal culpado* não podia na partilha receber mais do que receberia se o casamento tivesse sido celebrado segundo o regime da comunhão de adquiridos (artigo 1790º); perdia todos os benefícios recebidos ou que houvesse de receber do outro cônjuge ou terceiro, em vista do casamento ou em consideração do estado de casado (artigo 1791º, nº 1); devia reparar os danos não patrimoniais causados ao outro cônjuge pela dissolução do casamento (artigo 1792º, nº 1); e só excepcionalmente tinha direito a exigir alimentos ao outro (artigo 2016º, nº 2).

<sup>7</sup> JORGE DUARTE PINHEIRO, *O ensino do Direito da Família Contemporâneo*, Lisboa, AAFDL, 2008, p. 98.

<sup>8</sup> A equidade é referida somente no novo texto do artigo 2016º, nº 2, do Código Civil, no qual se prevê que o direito a alimentos entre ex-cônjuges ou cônjuges separados de pessoas e bens pode ser negado "por razões manifestas de equidade".

algo insensível à relevância da actuação culposa de um dos cônjuges e à repercussão do divórcio na condição económica das partes. O regime anterior rígido e aleatório de efeitos do divórcio, centrado na culpa, foi substituído por outro regime rígido e aleatório, que, em geral, trata de forma idêntica os cônjuges, ainda que um deles tenha violado de modo sistemático e patente o princípio da boa fé, e despreza as legítimas expectativas da parte que mais tenha investido na relação conjugal. É o que se retira de uma leitura das novas versões dos artigos 1790º, 1791º e 2016º, bem como do novo artigo 2016º-A, do Código Civil.<sup>9</sup>

É pena que o legislador português não tenha estudado com atenção o direito alemão, habitualmente apontado como um exemplo de ordenamento que substituiu o princípio da culpa pelo da ruptura na regulamentação das consequências do divórcio. O BGB não consagrou um modelo cego, meramente declarativo da destruição de quaisquer efeitos do casamento ou impeditivo da constituição de outros efeitos relacionados com a preexistência do vínculo matrimonial. Prevê-se, por exemplo, que o ex-cônjuge beneficie da chamada "compensação de pensões" ("Versorgenausgleich", §§ 1587 e s.). Tal compensação visa colocar aqueles que foram membros de um mesmo casal numa posição idêntica quanto às expectativas e direitos à pensão de reforma e de incapacidade profissional. Ao ex-cônjuge com expectativas e direitos de valor inferior cabe, como compensação, metade da diferença existente relativamente ao valor das expectativas e direitos do outro ex-cônjuge. Além disso, são muitas as disposições legais do Código Civil alemão sobre consequências do divórcio que assentam em cláusulas de equidade. É o que acontece para impedir a aplicação do regime de bens que vigorou no casamento, no momento da dissolução deste (§ 1381); para conferir, limitar ou negar o direito a alimentos entre ex-cônjuges (cf. § 1576 e § 1579, respectivamente); e para limitar ou negar o próprio direito de um cônjuge à "compensação de pensões" (§ 1587c).

A indiferença do legislador português revela-se no próprio regime da compensação por contribuição indevida para os encargos da vida familiar (artigo 1676º,

---

<sup>9</sup> Em caso de divórcio, *nenhum* dos cônjuges pode na partilha receber mais do que receberia se o casamento tivesse sido celebrado segundo o regime da comunhão de adquiridos (artigo 1790º); e *cada cônjuge* perde os benefícios recebidos ou que haja receber do outro cônjuge ou de terceiro, em vista do casamento ou em consideração do estado de casado (artigo 1791º, nº 1). A nova lei procura sobretudo destacar o carácter excepcional e limitado dos alimentos pós-matrimoniais, afirmando que "cada cônjuge deve prover à sua subsistência depois do divórcio" (artigo 2016º, nº 1) e que, havendo alimentos, "o cônjuge credor não tem o direito de exigir a manutenção do padrão de vida de que beneficiou na constância do matrimónio" (artigo 2016º-A, nº 3).

nº 2, do Código Civil), muito fechado (cf. as expressões "consideravelmente superior", "forma excessiva", "prejuízos patrimoniais importantes").

6. A escassa preocupação da Lei nº 61/2008, de 31 de Outubro, com a tutela do investimento da confiança no projecto matrimonial torna-se visível no confronto entre a disciplina legal do divórcio e a da invalidade do casamento (mais precisamente, do casamento putativo).

O cônjuge que tiver contraído de boa fé um casamento inválido pode ter uma posição mais favorável do que o cônjuge divorciado. Efectivamente, se as partes tiverem convencionado o regime da comunhão geral, a partilha será feita segundo esse regime na sequência da invalidação do casamento, se tal for solicitado pelo cônjuge de boa fé (cf. parte final do artigo 1716º do Código Civil), mas de acordo com o regime da comunhão de adquiridos, se houver divórcio e ainda que isso prejudique o cônjuge que se empenhou profunda e prolongadamente no casamento (cf. artigo 1790º do Código Civil); as liberalidades feitas em vista do casamento ou em consideração do estado de casado que beneficiam o cônjuge que tiver contraído de boa fé o casamento inválido subsistem (cf. artigo. 1760º, nº 1, al. a), e 1766º, nº 1, al. b), do Código Civil), mas caducam em qualquer caso de divórcio (cf. artigo 1791º do Código Civil); e o direito a alimentos do cônjuge que tiver contraído de boa fé (cf. artigo 2017º do Código Civil) o casamento inválido não enfrenta as limitações de igual direito em hipótese de divórcio (cf. artigos 2016º e 2016º-A do Código Civil).

Por vezes, *vale mais* um casamento inválido do que um casamento válido dissolvido por divórcio.

7. A Lei nº 61/2008, de 31 de Outubro, sugere que, havendo casamento, é natural que haja divórcio. *A seriedade no compromisso matrimonial não compensa.*

#### **IV. Ilusões no Direito da Filiação**

8. Num novo enunciado simplista, podemos referir duas grandes teses sobre a criança e o casamento, que se digladiam: a tese da "criança matrimonial feliz" e a tese da "criança feliz, porque livre de um casamento infeliz".



No primeiro entendimento, o bem-estar da criança é associado ao seu nascimento e crescimento no seio de uma família conjugal; o casamento é um factor de estabilidade e de coesão que favorece o desenvolvimento do menor; por conseguinte, o vínculo matrimonial deve ser conservado no interesse da criança.

Na outra opinião, é irrelevante que os pais estejam casados e juntos; uma ligação conjugal, formal, entre os progenitores pouco diz sobre a qualidade de vida do filho; o que importa é o *ambiente do lar*; havendo tensão entre progenitores casados, é preferível que eles se separem ou divorciem, para que a criança tenha uma existência quotidiana tranquila.

9. A linha que desvaloriza o vínculo matrimonial no Direito da Filiação, em que se inscreve a Lei nº 61/2008, de 31 de Outubro, chega a acreditar que o divórcio pode ser benéfico para a criança, por a separação conferir aos pais a esperança de serem (ou voltarem a ser) felizes.

Esta concepção tenta desdramatizar completamente a situação de divórcio, afirmando<sup>10</sup> que a dissolução do casamento não muda em nada a matéria de exercício das responsabilidades parentais.

10. Antes da lei de 2008, após o divórcio, o exercício do poder paternal incumbia normalmente a apenas um dos progenitores, em virtude de o exercício conjunto pressupor um acordo de ambos os pais, homologado pelo juiz ou aprovado pelo Ministério Público.

Actualmente, após o divórcio, a regra é a do exercício em comum das responsabilidades parentais pelos pais, independentemente de haver ou não acordo dos pais no sentido do exercício conjunto (cf. artigo 1906º do Código Civil) – a mesma regra que se observa na constância do matrimónio (cf. artigo 1901º do Código Civil).

No entanto, a coincidência é aparente: durante o período de vida em comum, normalmente, qualquer um dos progenitores pode tomar decisões relativas a actos da vida corrente do menor; após a ruptura da vida em comum, tais decisões incumbem, em regra, a apenas um deles, o "progenitor residente" (cf. nº 3 do artigo 1906º do Código Civil).

---

<sup>10</sup> Cf. Princípio 3:10 dos "Principles of European Family Law Regarding Parental Responsibilities": "Parental responsibilities should neither be affected by the dissolution or annulment of the marriage or other formal relationship nor by the legal or factual separation between the parents".

O divórcio implica um padrão de exercício em comum mitigado (confinado às "questões de particular importância para a vida do filho", nos termos do nº 1 do artigo 1906º do Código Civil), desigualitário e materialmente distinto, das responsabilidades parentais.

11. A ideologia da "criança feliz, porque livre de um casamento infeliz" é fruto de uma abstracção.

Como vive a criança depois do divórcio?

O mais frequente é que ela viva com um dos progenitores em família monoparental ou numa família reconstituída.

Ora, segundo certas análises, o bem-estar das crianças é comparativamente mais baixo em famílias monoparentais. Não obstante isto, os especialistas recusam estabelecer uma ligação entre estrutura monoparental e menor adequação para o exercício das responsabilidades parentais, considerando que os aspectos que prejudicam o nível de vida dos menores "são exteriores à estrutura da família e à qualidade da função parental exercida: dificuldades económicas, pobreza, stress emocional, baixo nível educacional e apoio social inadequado"<sup>11</sup>.

Nas famílias reconstituídas ou recompostas<sup>12</sup>, dois adultos formam um casal, após a dissolução da união de um deles, ou de ambos, com outrem; e com eles vivem filhos de ligações anteriores. Nestes casos, é preciso ter em conta a possível interferência do novo companheiro do progenitor residente<sup>13</sup>, que, ainda que não esteja formalmente investido na titularidade do exercício das responsabilidades parentais, pode contribuir para criar ou agravar a conflitualidade no lar, ou para dificultar ou quebrar o contacto entre o filho menor e o "progenitor não residente".

Um tanto ou quanto em contradição com a ideia de que o divórcio não influi no exercício das responsabilidades parentais, detecta-se, aliás, uma tendência para conferir

---

<sup>11</sup> MARIA CLARA SOTTOMAYOR, *Exercício do poder paternal*, Porto, Publicações Universidade Católica, 2003, p. 393. Cf. EDUARDO DE OLIVEIRA LEITE, *Famílias monoparentais. A situação jurídica de pais e mães separados e dos filhos na ruptura da vida conjugal*, 2ª ed., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2003. O autor afirma que os problemas da família monoparental são causados por dificuldades económicas (p. 292). Paralelamente, CLARA SOTTOMAYOR (idem, ibidem), tendo em vista sobretudo a família monoparental resultante de divórcio, declara que "o factor mais importante para justificar o bem-estar mais baixo das crianças em famílias monoparentais é a diminuição do rendimento sofrido pelo progenitor guarda".

<sup>12</sup> Sobre o tema, cf., em língua portuguesa, a obra pioneira de WALDYR GRISARD FILHO, *Famílias reconstituídas: novas uniões depois da separação*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2005.

<sup>13</sup> Cf. ANTONIO DE MAURO, "La famiglie ricomposte", *Famiglia* 2004/4-5, pp. 771-774.

maior peso à ligação entre o filho do progenitor residente e o novo companheiro, ou novo cônjuge, deste, do que à relação entre o filho e o progenitor não residente.<sup>14</sup>

## V. Fontes de inspiração da lei portuguesa

12. A Lei nº 61/2008, de 31 de Outubro, está longe de ser um "produto original". Ela inspira-se nitidamente nos Princípios de Direito da Família Europeu e, portanto, nas tendências que favorecem a cessação de laços entre cônjuges e progenitores.

13. Em 1 de Setembro de 2001 foi criada a Comissão de Direito da Família Europeu. Tendo como objectivo a harmonização do Direito da Família na Europa, a Comissão, composta por especialistas oriundos da maioria dos Estados-membros da União Europeia e de outros países europeus (Noruega, Rússia e Suíça), elaborou já princípios em duas áreas: divórcio e alimentos entre ex-cônjuges; responsabilidades parentais.

Os Princípios do Direito da Família Europeu Relativos a Divórcio e Alimentos entre Ex-Cônjuges foram publicados em 2004<sup>15</sup>. São 20 princípios, que se dividem por duas partes. Na Parte I, que agrupa os Princípios 1:1 a 1:10 e é dedicada ao divórcio, são recomendadas regras quanto à admissibilidade do divórcio, à regulamentação do processo e à fixação da autoridade competente para decretar o divórcio, às modalidades de divórcio, ao divórcio por mútuo consentimento, ao período de reflexão no divórcio por mútuo consentimento, ao conteúdo e forma do acordo dos cônjuges relativo aos efeitos do divórcio por mútuo consentimento, à separação de facto enquanto fundamento do divórcio, à “cláusula de excessiva onerosidade” para o requerente (que possibilita uma obtenção mais rápida do divórcio litigioso, com fundamento em separação de facto) e à determinação das consequências do divórcio pela autoridade competente. Na Parte II, que contém os Princípios 2:1 a 2:10 e é dedicada aos alimentos

---

<sup>14</sup> Cf. Princípio 3:18 dos "Principles of European Family Law Regarding Parental Responsibilities": "The parent's partner living with the child may take part in decisions with respect to daily matters unless the other parent having parental responsibilities objects". O artigo 1906º, nº 4, do Código Civil permite que o progenitor residente delegue o exercício das responsabilidades parentais relativas aos actos da vida corrente do filho.

<sup>15</sup> Cf. KATHARINA BOELE-WOELKI e outros, *Principles of European Family Law Regarding Divorce and Maintenance Between Former Spouses*, Antuérpia/Oxford, Intersentia, 2004. Há uma tradução portuguesa destes princípios na revista *Lex Familiae* nº 5, 2006, pp. 14 e s.

entre ex-cônjuges, trata-se da relação entre o divórcio e os alimentos, da excepcionalidade da concessão de alimentos (o chamado princípio da auto-suficiência), dos pressupostos da sua concessão, dos critérios da fixação da pensão de alimentos, do modo de cumprimento da obrigação de alimentos, da “cláusula de excessiva onerosidade” para o devedor (que impede, limita ou extingue a obrigação de alimentos por causa do comportamento do credor), da relação entre a obrigação de alimentos perante o ex-cônjuge e outras obrigações alimentares, da duração da obrigação de alimentos entre ex-cônjuges, da extinção desta obrigação e dos acordos das partes sobre os alimentos pós-matrimoniais.

Os Princípios do Direito da Família Europeu Relativos às Responsabilidades Parentais foram publicados em 2007<sup>16</sup>. Ordenados de 3:1 a 3:39, repartem-se pelos seguintes capítulos: definições (capítulo I); direitos da criança (capítulo II); responsabilidade parental de pais e terceiros (capítulo III); exercício da responsabilidade parental (capítulo IV); conteúdo da responsabilidade parental (capítulo V); cessação da responsabilidade parental (capítulo VI); privação e restituição da responsabilidade parental (capítulo VII); procedimentos (capítulo VIII). A responsabilidade parental é entendida como “um conjunto de direitos e deveres destinados a favorecer e a salvaguardar o bem-estar da criança” (corpo do princípio 3:1, incluído no capítulo I).

Com a formulação de todos estes princípios, que não vinculam os Estados dos peritos participantes, procura-se sobretudo persuadir os legisladores nacionais a adoptar um mesmo modelo. Do ponto de vista metodológico, a Comissão do Direito da Família Europeu tentou que os princípios enunciados reflectissem em primeiro lugar as normas actualmente vigentes na maioria dos países europeus e que só subsidiariamente traduzissem soluções novas. Alegadamente, houve a preocupação de introduzir apenas soluções novas comprovadamente superiores às vigentes, tendo em conta as tradições históricas, a evolução e as exigências da sociedade europeia<sup>17</sup>.

A Lei nº 61/2008, de 31 de Outubro, assinala o triunfo da Comissão de Direito da Família Europeu, acolhendo muitos dos mencionados princípios. Veja-se, por exemplo, os Princípios 1:3, 1:8, 2:2, 3:10 e 3.12.<sup>18</sup>

---

<sup>16</sup> Cf. KATHARINA BOELE-WOELKI e outros, *Principles of European Family Law Regarding Parental Responsibilities*, Antuérpia/Oxford, Intersentia, 2007. A obra também contém versões dos princípios em línguas francesa (pp. 289 e s.) e espanhola (pp. 315 e s.).

<sup>17</sup> Cf. SALVATORE PATTI, "I Principi di Diritto Europeo della Famiglia sul Divorzio e il Mantenimento tra Ex Coniugi", *Familia* 2005/2, p. 340.

<sup>18</sup> O Princípio 1:3 refere dois tipos de divórcio: por mútuo consentimento e sem o consentimento de um dos cônjuges (cf. artigo 1773º do Código Civil). O Princípio 1:8 prevê que o divórcio seja decretado sem

A convergência de soluções é tal que nem sequer é muito descabido dizer que os "trabalhos preparatórios" da lei portuguesa foram previamente publicados...em inglês.<sup>19</sup>

Mas o *comodismo europeísta* do legislador português tem um preço, que se traduz no desprezo de soluções intermédias entre vida em comum clássica e ruptura total e definitiva da vida em comum.

## VI. Vida Comum sem Coabitação?

14. A coabitação conjugal e a coabitação em união de facto não são as únicas formas de organização da vida em comum íntima. Há uma terceira forma: a Vida Comum sem Coabitação – *LAT (Living Apart Together)*. Aqui as partes decidem residir habitualmente em locais distintos, sem abdicar de outros elementos que permitem identificar a existência de um casal: comunhão sexual, fidelidade e entreajuda. Verifica-se um propósito bilateral de vida a dois, mas as partes não residem nem pretendem residir no mesmo local.<sup>20</sup>

O legislador regula o casamento, a união de facto, o divórcio, a separação. Talvez tivesse sido conveniente apontar um caminho que estivesse entre *o tudo e o nada*, contemplando a hipótese de Vida Comum sem Coabitação.

A Vida Comum sem Coabitação pode, designadamente, surgir como *derradeira experiência* prévia ao divórcio ou como *primeira experiência* posterior ao divórcio.

Enquanto derradeira experiência, o modelo da Vida Comum sem Coabitação assumido entre cônjuges é susceptível de prevenir um conflito, ou uma intensificação do conflito, no seio do casal, e de assegurar a motivação para uma atitude de respeito

---

o consentimento de um dos cônjuges se eles estiverem separados de facto há mais de um ano (cf. artigo 1781º, alínea a), do Código Civil). O Princípio 2:2 determina que cada cônjuge deve prover à sua subsistência, após o divórcio (cf. artigo 2016º, nº 1, do Código Civil). O Princípio 3:10 foi citado, *supra*, na nota 10. O Princípio 3:12 (2) regula o exercício das responsabilidades parentais com base na distinção entre decisões importantes, correntes e urgentes (cf. artigo 1906º, nºs 1 e 3, do Código Civil, também marcado pelo Princípio 3:10).

<sup>19</sup> "Trabalhos" correspondentes às observações comparativas e aos comentários que se sucedem ao enunciado de cada Princípio de Direito da Família Europeu nas obras citadas, *supra*, nas notas 15 e 16.

<sup>20</sup> Na actual configuração legal do casamento, a ausência de uma residência comum constitui um ilícito, uma excepção ou um sinal de ruptura (cf. artigos 1672º, 1673º, 1781º, alínea a), e 1782º, do Código Civil). O propósito de vida em comum dos membros do *LAT*, casados entre si, não permite confundir a figura com a separação de facto. E, não sendo as partes casadas entre si, o facto de não viverem sob o mesmo tecto não permite que se fale de uma união de facto.

recíproco e entreadajuda, com impacto eventualmente positivo quer na relação matrimonial quer na relação dos progenitores com os filhos.

Enquanto primeira experiência posterior ao divórcio, o modelo da Vida Comum sem Coabitação adoptado entre uma pessoa divorciada e terceiro é susceptível de prevenir *actos impulsivos de substituição* do ex-cônjuge por outrem, que têm consequências na relação entre os adultos envolvidos e na situação dos filhos dos pais divorciados.

Numa época de pluralismo jusfamiliar, não serão bem-vindos sinais de *abertura não radical*? O que impede a recepção legal de uma união sem coabitação, a fixação de um estatuto próprio para a Vida Comum sem Coabitação<sup>21</sup>?

## VII. Ideologia/ilusão do orador

15. Todos temos ideologias e ilusões. Eu, por exemplo, acho que a felicidade nem sempre exige "outro nós". Pode bastar um "eu diferente".

---

<sup>21</sup> Que incluiria a possibilidade de a figura ser constituída entre cônjuges, por suspensão consensual do dever de coabitação (hoje proibida à luz dos artigos 1618º, 1672º e 1699º, nº 1, alínea b), do Código Civil).