

Seminário Políticas Públicas e Novas Parentalidades

Do divórcio às responsabilidades parentais: fundamentos e questões à volta da mudança da lei

Anália Torres

Professora Catedrática ISCSP/UTL
Investigadora CAPP e CIES-IUL/OFAP

- **Mudanças da lei e seus fundamentos**
- **Controvérsias**
- **Avaliação da lei**

Três planos fundamentais na mudança da lei

- **Afastar a culpa**
- **Substituir o conceito de “poder paternal” pelo de “responsabilidades parentais” e prever o seu exercício conjunto como regime supletivo.**
- **Valorizar os contributos para a vida conjugal e familiar dos cuidados com os filhos e do trabalho despendido no lar, na ruptura conjugal.**

Retirar a culpa porquê?

- O casamento é um contrato de tipo especial, de base afectiva, que só deve ser mantido enquanto houver vontade de ambos os cônjuges.
- Impedir o divórcio que um dos cônjuges deseja, conduz a indesejáveis conflitualidades (ou à “invenção” de culpas para ser possível viabilizá-lo).
- Quando o mútuo acordo não é possível, importa evitar processos longos, penosos e destrutivos.
- A nova lei não prevê no entanto o divórcio por decisão unilateral – quando não há consentimento do outro a decisão envolve sempre o tribunal e como fundamentos causas objectivas.

Como se pode ler na Lei, no ponto **3 do Artigo 1773.º**

3. O divórcio sem consentimento de um dos cônjuges é requerido no tribunal por um dos cônjuges contra o outro, com algum dos fundamentos previstos no 1781.º.

- Esta mudança impõe-se para adequar a lei à realidade portuguesa e para acompanhar as legislações europeias que já há muito afastaram a culpa como fundamento do divórcio .

A realidade portuguesa já mostrou evoluções que confirmam a necessidade de novo enquadramento legal, quer no sentido do aumento significativo do divórcio por mútuo consentimento, quer na aceitação do divórcio como solução para casamentos que não funcionam.

Com efeito, os divórcios litigiosos têm vindo a diminuir drasticamente:

- 38% em 1980**
- 14% em 2000**
- 6% em 2005.**

- **Um inquérito a nível nacional, de 1999, revelou que:**
 - **83% consideram que quando há problemas na vida do casal se justifica o divórcio ou que este é a solução para um mau casamento**
 - **14% concordavam com a ideia da indissolubilidade do casamento.**
- **Um inquérito internacional, ISSP, 2002, aplicado também no nosso país, mostrou que:**
 - **79% concordam com a ideia segundo a qual “quando um casal não consegue resolver os seus problemas o divórcio é a melhor solução”.**
 - **4% afirmam que “é melhor ter um mau casamento do que não estar casado/a”**

Opiniões sobre o divórcio, segundo a religião (Nacional, 1999)

%	Agnóstico	Católico praticante	Católico	Ateu	Total
Mesmo que haja razões fortes para um divórcio o casamento deve manter-se para que a família não se desagregue	4	20	10	10	14
Mesmo tendo casado com a noção de que o casamento é para toda a vida e ainda que haja filhos, há problemas graves na vida do casal que podem justificar o divórcio	41	36	30	30	32
O divórcio é a melhor solução para um mau casamento	55	41	56	57	51
Não sabe / Não responde		3	4	3	3
Total	100		100	100	100

O abandono do fundamento da culpa é ponto de convergência na legislação europeia:

- **“A eliminação a qualquer referência à culpa é consistente com a evolução da lei e da prática nos sistemas legais europeus analisados. Em muitos desses sistemas a culpa foi abandonada.**
- **Mesmo os poucos que, de forma parcial, a mantêm muitas vezes na prática evoluíram na direção do divórcio sem culpa.**
- **De qualquer dos modos é difícil atribuir culpa apenas a um dos cônjuges”.**

E ainda:

- **“(eliminar qualquer referência à culpa) evita indesejável investigação quanto ao estado do casamento pela autoridade competente e respeita melhor a integridade e autonomia dos cônjuges”**

in Boele-Woelki et al. (2004), *Principles of European Family Law Regarding Divorce and Maintenance Between Former Spouses*, Commission on European Family Law, Antwerp-Oxford, Intersentia, p.55.

Porquê responsabilidades parentais?

- **Afasta-se a designação anacrônica de “poder paternal”, que aponta para o sentido de posse, expressão desadequada quando se reconhece cada vez mais a criança como sujeito de direitos.**
- **O sistema supletivo das responsabilidades parentais passa a ser o seu exercício conjunto.**

- Define-se o exercício conjunto das responsabilidades parentais, **salvo quando o tribunal entender que este regime é contrário aos interesses dos filhos.**
- O exercício conjunto refere-se apenas aos “actos de particular importância”; a responsabilidade pelos “actos da vida quotidiana” cabe exclusivamente ao progenitor com quem o filho se encontra, evitando assim inúteis consultas permanentes entre os pais.

- É vital que seja do ponto de vista das crianças e dos seus interesses, e portanto a partir da responsabilidade dos adultos, que se definam as consequências do divórcio.
- Sublinha-se a separação entre relação conjugal e relação parental, assumindo-se que o fim da primeira não pode ser pretexto para a ruptura da segunda. Os filhos devem ser poupados a litígios que ferem os seus interesses e não devem ser impedidos de manter as relações afectivas e as lealdades tanto com as suas mães como com os seus pais

- **Também aqui se acompanha a experiência da jurisprudência e a legislação vigente em países que, por se terem há mais tempo confrontado com o aumento do divórcio, mudaram o regime de exercício das responsabilidades parentais da guarda única para a guarda conjunta.**
- **Isso aconteceu por terem sido verificados os efeitos perversos da guarda única, nomeadamente pela tendência de maior afastamento dos pais homens do exercício das suas responsabilidades parentais e correlativa fragilização do relacionamento afectivo com os seus filhos.**

Importa a este propósito olhar para alguns resultados de pesquisa:

- A guarda conjunta é o sistema preferido na maioria dos estados dos Estados Unidos da América e na maioria dos países europeus.
- Para dar um exemplo europeu, na Suécia e já em 1992, há 16 anos, 79% das crianças de pais separados estavam em situação de guarda conjunta ou responsabilidades parentais partilhadas e apenas 21% tinham guarda única.
- Responsabilidades parentais partilhadas não significa que as crianças residam 50% do tempo com um progenitor e 50% com o outro (não se trata de *joint physical custody*, mas de *joint custody*). Trata-se apenas de procurar passar muito mais tempo com o progenitor com quem não residem habitualmente do que o tradicional e já ultrapassado sistema de visitas de 15 em 15 dias. Aliás o próprio termo de “direito de visita” tende a ser abolido por se considerar desadequado.
- O sistema das responsabilidades partilhadas tem vantagens relativamente ao sistema de guarda única.

Numa grande investigação, uma meta pesquisa divulgada em 2002 pela Associação Americana de Psicologia e conduzida pelo psicólogo Robert Bauserman analisando os resultados de 33 estudos realizados entre 1982 e 1999 com observação de 1,846 crianças em situação de guarda única e 814 em guarda conjunta, concluiu-se que:

- As crianças na situação de guarda conjunta tinham menos problemas emocionais e de comportamento, maior auto-estima e melhor relações familiares e desempenho escolar do que as crianças em situação de guarda única. Estavam também tão adaptadas como as crianças cujos pais não se divorciaram ou separaram.**
- Concluiu-se também que a guarda conjunta (*joint custody*) não deve ser aplicada em todas as situações. Sempre que um dos progenitores é violento, negligente, tem problemas mentais, físicos ou de saúde, a guarda única (*sole custody*) é preferível.**

Outros impactos

- **Impacto positivo**
 - **no apoio emocional pelo maior tempo que passam com o progenitor com o qual não residem;**
 - **económico (mais pagamentos de pensão de alimentos)**

Valorização dos cuidados com os filhos e do trabalho doméstico porquê ?

“Reconhecida a importância dos contributos para a vida conjugal e familiar dos cuidados com os filhos e do trabalho despendido no lar, consagra-se pela primeira vez na lei e em situação de dissolução conjugal, que poderá haver lugar a um crédito de compensação em situação de desigualdade manifesta desses contributos.”

- **Portugal é dos países, com maior assimetria em desfavor das mulheres em horas de trabalho dentro e fora do mercado:**
 - **As mulheres despendem, com efeito, mais de uma hora e meia por dia do que os homens.** (De acordo com o Relatório do Desenvolvimento Humano 2007/2008 das Nações Unidas)
- **Estes diferenciais de tempo já tinham sido também detectados em duas pesquisas realizadas em Portugal, concluindo-se que a soma das horas de trabalho pago com as dos cuidados com a família, mostram que as mulheres portuguesas contribuem directamente com mais horas de trabalho do que os homens.**
- **70% das mulheres no nosso país contribuía financeiramente de forma decisiva para o orçamento familiar**
- **As mães portuguesas eram as que mais horas trabalhavam no exterior em toda a União Europeia a quinze^[1].**

[1] Cf Anália Torres, Francisco Vieira da Silva, Teresa Líbano Monteiro e Miguel Cabrita (2004), *Homens e Mulheres: entre Família e Trabalho*, Lisboa, CITE, Comissão. E Heloísa Perista (2002), "Género e trabalho não pago: os tempos das mulheres e os tempos dos homens", *Análise Social*, XXXVII; e, para a Igualdade no Trabalho e no Emprego.

Como se pode ler na p. 10 da Exposição de Motivos:

- “Com efeito, sabe-se que as carreiras profissionais femininas são muitas vezes penalizadas na sua progressão porque as mulheres, para atender aos compromissos familiares, tendem a renunciar a desenvolver outras actividades no plano profissional que possam pôr em causa esses compromissos.”**
- **“Ora quando tais renúncias existem e por desigualdades de género não são geralmente esperadas nem praticadas no que respeita aos homens, acabam, a prazo, por colocar as mulheres em desvantagem no plano financeiro. Admite-se por isso que no caso da dissolução conjugal seria justo ‘que o cônjuge mais sacrificado no (des)equilíbrio das renúncias e dos danos, tivesse o direito de ser compensado financeiramente por esse sacrifício excessivo.’”**

Controvérsias

- **Veto do Presidente da República;**
- **Posições de uma associação de mulheres contra (APMJ) e de todas as outras a favor (UMAR, MDM, Mulheres socialistas, etc.).**

Avaliações

- O olhar externo europeu da CEFL, **Commission on European Family Law;**
- O olhar externo do **Observatório da Justiça** (2011);

Avaliação final da lei de divórcio portuguesa em confronto com os Princípios da CEFL

Do ponto de vista dos Princípios da CEFL sobre o Direito da Família Europeu, a avaliação genérica das questões que foram brevemente comparadas no decurso desta apresentação é muito positiva. Obviamente, é possível inquirir qual o significado exacto da nota positiva. A nova lei portuguesa segue, em larga medida, as soluções da CEFL que foram finalmente redigidas após uma abrangente pesquisa de direito comparado e, aqui convém frisar um aspecto, mais importante ainda, na sequência de extenso debate. De acordo com os peritos em direito da família e de direito comparado representados nesta Comissão, elas encarnam as melhores soluções a aplicar numa sociedade moderna.⁷ Ao adoptar estas soluções devemos estar conscientes de que quase nenhum outro campo jurídico registou alterações sociais e demográficas tão profundas e significativas como o Direito da Família nestes últimos 30 ou 40 anos; uma explosão na taxa de divórcios, mulheres a ingressar *em massa* no mercado de trabalho, o que influenciou, entre outros, as papéis parentais e as relações patrimoniais entre parceiros. O Direito da

7. Vide Boele-Woelki, K., *The Working Method of the Commission on European Family Law*, em: K. Boele-Woelki (ed), *Common Core and Better Law in European Family Law*, European Family Law Series No. 10, Intersentia 2005, pp. 14-38.

Família manteve-se a par desta rápida evolução que conduziu a importantes mudanças. Para além disso, devo acrescentar que esta breve comparação apenas visou as alterações sofridas pela lei de divórcio em Portugal. Se todas as questões fossem analisadas e comparadas sistematicamente, seria possível ilustrar um número ainda maior de semelhanças entre o modelo europeu e o direito da família português. Da perspectiva da CEFL, em particular, é com muita satisfação observar que os princípios adoptados são aceitáveis para os legisladores nacionais e que, nesta base, a harmonização do direito da família na Europa passa a ser cada vez mais viável. O legislador português deve ser elogiada pelas mudanças substanciais que foram introduzidas. Tais mudanças estão em perfeita harmonia com a declaração da CEFL, tal como consta do preâmbulo dos seus Princípios: a nova lei do divórcio equilibra os interesses dos cônjuges e da sociedade; apoia a verdadeira igualdade de género e toma em consideração o melhor interesse das crianças.

- **A importância da avaliação**

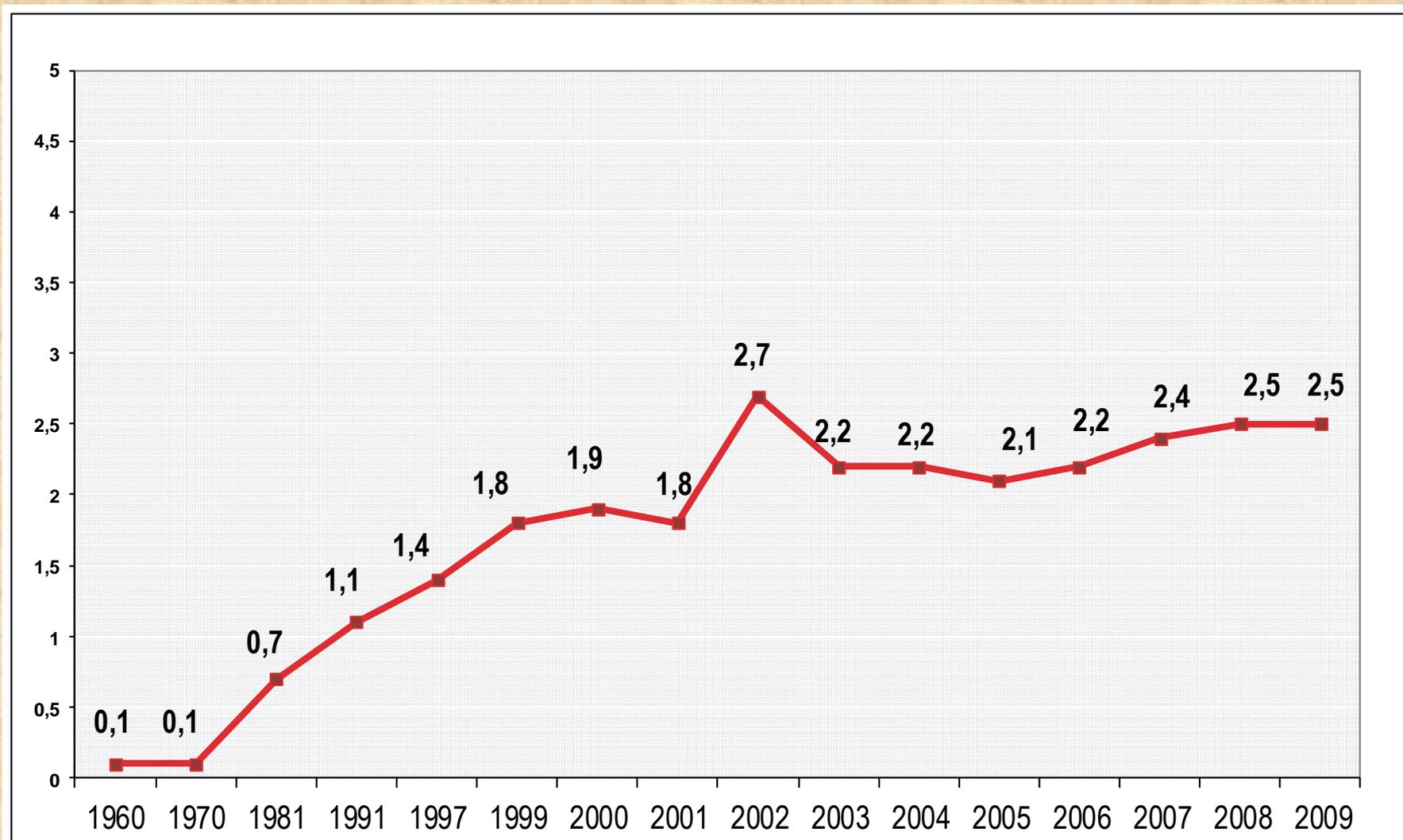
(Ver Observatório da Justiça, 2011, Avaliação da lei e entrevistas a juízes, procuradores e advogados)

- **Aspectos a destacar:**

- **Distância entre o que se disse e especulou sobre os efeitos da lei e o que de facto se passou e passa, como revelam os dados e as opiniões da maioria dos operadores judiciais entrevistados nesta avaliação.**
- **Uma lei recebida como arma de arremesso político e mediático. Os próprios operadores judiciais entrevistados construíram imagens da lei através dos media que depois de um olhar mais atento e menos apaixonado concluíram serem erradas.**

- **Aumento da conflitualidade, da litigância e do número de divórcios como previsto pelas vozes contrárias à lei?**
 - Como mostra a avaliação, não.
 - Também não tínhamos previsto. Porquê? Em parte porque o fim da “culpa” apenas dizia respeito a um número muito reduzido de divórcios (nos últimos anos à volta de 6%).
 - Relação entre mudança legal e mudança nos indicadores do divórcio (2001-2002); 2008-2009;

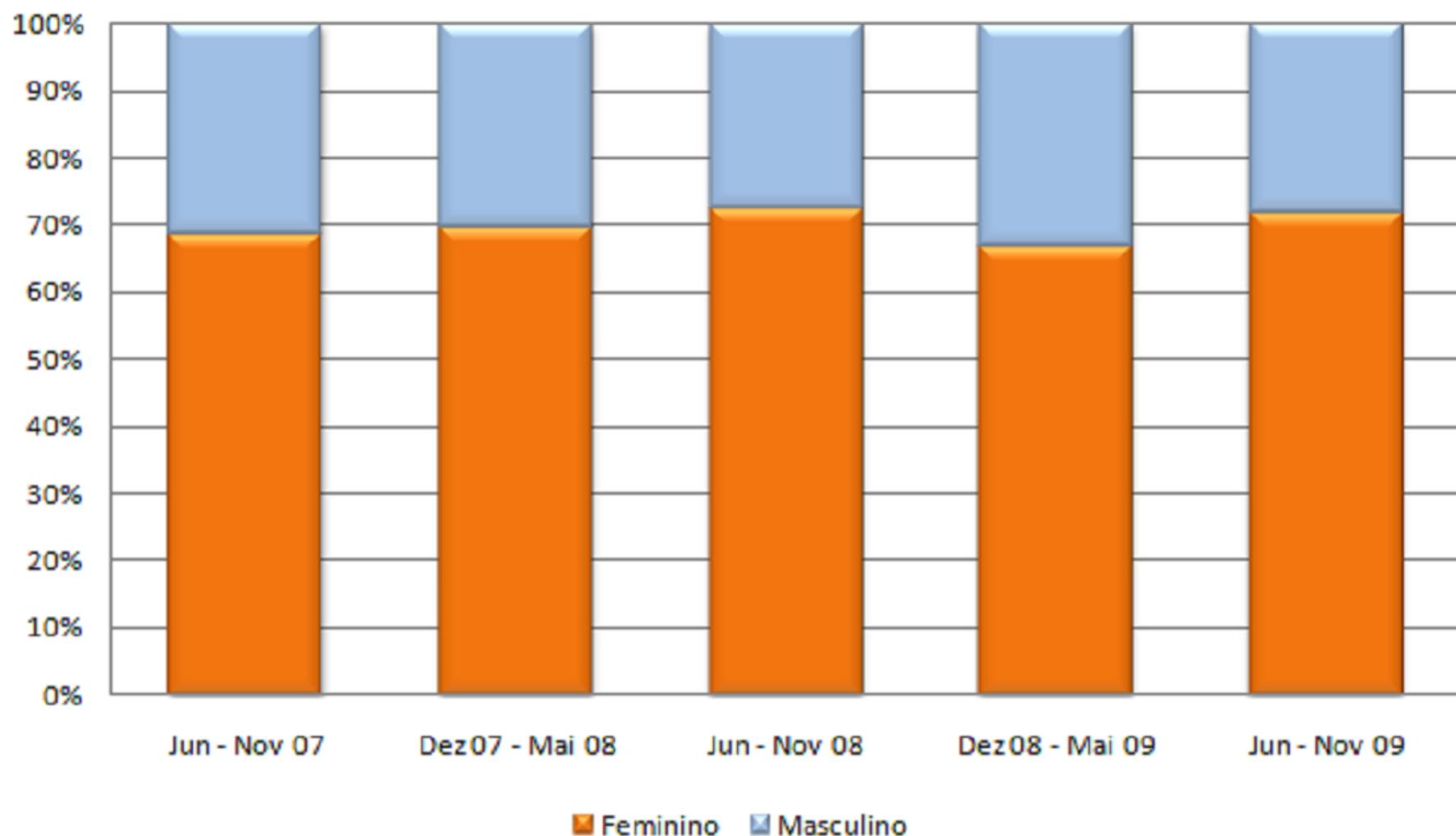
Taxa Bruta de Divórcio 1960-2009



- **Larga convergência de opiniões quanto à importância da mediação familiar na regulação das responsabilidades parentais – devia ser impositiva nestes casos, afirmam muitos.**
- **A tendência para desjudicializar este tipo de conflitos na maior parte dos países. O difícil caminho da mediação familiar em Portugal**
- **Indicação de modos de superar os limites dos serviços de mediação familiar existentes – fraca cobertura a nível nacional, serviços distantes e pouco acessíveis.**

- **Lei que não tem em conta a realidade portuguesa; fora do contexto social cultural; desprotecção das mulheres com o fim da culpa?**
 - **Quem toma a iniciativa jurídica do divórcio? Quem parece beneficiar mais com a entrada em vigor da lei?**
 - **O fim da culpa foi defendido pela grande maioria dos entrevistados (juízes, procuradores e advogados);**
 - **Não há qualquer desprotecção das mulheres**

Gráfico 4. Evolução do peso relativo dos autores do sexo feminino e do sexo masculino nos processos de divórcio e separação judicial (por períodos)



- **Responsabilidades parentais conjuntas nas questões de maior importância da vida dos filhos;**
 - **mudança tímida (quando comparada com outros países);**
 - **mudanças na perspetiva do verdadeiro interesse da criança e da maior responsabilização dos pais homens. Também se verificam em Portugal.**

Controvérsias

- **Pesquisas com filhos de divorciados mostram que eles consideram que não foram os seus interesses que presidiram à luta das suas mães pela guarda única.**
- **Há correntes feministas que consideram que os homens como permanentes potenciais “incompetentes” para cuidar e faltosos às suas obrigações. São correntes “essencialistas” e que designo por feministas de direita (ex. dos EUA e do alinhamento destas correntes com os “new evangelists” próximos de Bush)**
- **Mas há outras correntes feministas que consideram estas posições como constituindo mais um obstáculo à igualdade ao não considerarem os pais/homens a responsabilidade de também cuidarem dos seus filhos. Porque isto também implica para as mães limitações de tempo e de autonomia por terem de se desdobrar ainda mais do que antes do divórcio.**

- **Os resultados da avaliação mostram que a mudança conceptual foi integrada e elogiada de forma quase unânime;**
- **Embora num primeiro momento os entrevistados tivessem uma posição de discordância pelo que tinham entendido a partir dos media e de algumas posições políticas que enfatizavam a conflitualidade;**
- **Cumpriu-se assim o papel da lei na mudança de práticas (exemplos).**

Créditos de compensação

- **A necessidade imperativa de ter em conta a desigualdade real nas condições de vida entre homens e mulheres. Coerência global da reforma.**
- **Invocadas a falta de preparação, as dificuldades em pôr em prática. É difícil avaliar as perdas pela desistência do emprego, ou diminuição de horas de trabalho?**
- **Claras necessidades de formação.**

Em síntese,

- Relevância das avaliações.
- Sugestão forte para que as “recomendações finais” do OJ fossem seguidas nomeadamente no que respeita à falta de formação verificada a todos os níveis nestas áreas do direito tão sensíveis às mudanças rápidas das sociedades contemporâneas.
- Do CEJ aos tribunais. Formação que permita dar enquadramento sociológico mínimo e que combata preconceitos ideológicos.

- Desejo de que o impacto destes resultados de avaliação – que desmentem a maior parte das ameaças sugeridas em 2008 - chegasse aos media com equivalente ruído ao do momento da entrada em vigor da lei.
- Vários problemas na aplicação da lei: concepções “antigas” dos magistrados condicionam ou impedem a aplicação plena da lei.