



D TEXTOS DE
IREITO DA
FAMÍLIA

PARA FRANCISCO PEREIRA COELHO

Guilherme de Oliveira
COORDENAÇÃO

IMPRESA DA UNIVERSIDADE DE COIMBRA
2016

AS ALTERAÇÕES LEGISLATIVAS FAMILIARES RECENTES E A SOCIEDADE PORTUGUESA¹

Rabindranath Capelo de Sousa

Professor Catedrático Jubilado da Faculdade de Direito de Coimbra

Sumário

1. Introdução; 2. Novo regime do divórcio e da separação de pessoas e bens litigiosos: a) a fundamentação do novo regime; b) as causas do divórcio litigioso; c) apreciação; 3. Nulidade do casamento católico e regime e anulabilidade dos casamentos religiosos civis não católicos; 4. Registo dos casamentos; 5. Responsabilidades parentais e poder paternal; 6. A afinidade; 7. O casamento entre pessoas do mesmo sexo; 8. A adopção, a inseminação artificial e a chamada «co-adopção», por homossexuais; 9. Alimentos; 10. A partilha dos bens comuns no caso de divórcio litigioso; 11. O apadrinhamento civil.

1. Introdução

Cruzam-se, nos diferentes institutos do Direito da Família, os instintos (*maxime* de propagação da espécie, no casamento), os sentimentos (*v.g.* de paixão, amor, ternura, indiferença ou ódio no acto e no estado matrimonial, bem como no respectivo divórcio), as

¹ Nota do Coordenador: o texto foi escrito antes da aprovação, pela Assembleia da República, da adoção por casais do mesmo sexo.

cognições (*p. ex.* sãs ou erradas nos actos de casamento, perfilhação e adopção), as volições (*v.g.* com relevância do dolo e da coacção física e moral, nos mesmos institutos) e as finalidades (*maxime* de vida em comum e/ou entreatada, no casamento, parentesco e adopção) mais profundos, transcendentais, egoístas e solidários do ser humano com os mais relevantes interesses públicos da boa harmonia na constituição e dinâmica da família, enquanto célula básica da sociedade, tanto no inter-relacionamento pessoal primário como na organização patrimonial fundante.

Simplesmente, a articulação destes cruzamentos e as soluções jurídicas finais podem processar-se de modos bem diferentes, *v.g.*, consoante a natureza de cada Estado, dos tipos de propriedade por ele impostos e das suas relações com as Igrejas.

Daí que o Direito da Família, ao invés do Direito das Obrigações e dos Direitos Reais, seja um ramo jurídico muito permeável às incursões ideológico-políticas do partido dominante, bem como às modificações políticas, económicas e sociais, sobretudo quando revolucionárias². Todavia, a delicadeza dos equilíbrios comunitários, classistas e geracionais impõe, normalmente, que as alterações legais familiares se façam com adequada investigação sociológica e científica e com projecções o mais possível consensuais.

Foi o que aconteceu com o Dec.-Lei n.º 496/77, de 27.11, que, em primeira linha³, visou adaptar o direito ordinário familiar à

² Cfr. PEREIRA COELHO e GUILHERME DE OLIVEIRA, *Curso de Direito da Família*, I, Coimbra Ed., 2008, 4ª ed., págs. 147 e segs; CAPELO DE SOUSA, R., *Lições de Direito das Sucessões*, I, Coimbra Ed., 2000, 4ª ed., págs.99 e seg., e FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ CATHOLIQUE DE LOUVAIN, *Famille, Droit et Changement Social dans les Sociétés Contemporaines, Travaux*, XI, Paris, LGDJ, 1978, págs. 4 e segs.

³ Como refere MAGALHÃES COLLAÇO, Isabel, *A Reforma de 1977 do Código Civil de 1966. Um olhar vinte e cinco anos depois*, in «Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977», vol. I, «Direito da Família e das Sucessões», Coimbra Ed., 2004, p. 22, «foram os novos princípios consagrados na Constituição em matéria de família, casamento e filiação (artigo 36º) que constituíram a fonte do maior número de alterações introduzidas no Código de 66 pela Reforma de 1977.»

Constituição de 76. Nomeadamente, em matérias tão fundamentais como as do direito de constituir família e de contrair casamento em condições de plena igualdade; da regulação pela lei dos requisitos e dos efeitos do casamento e da sua dissolução por morte ou divórcio⁴, independentemente da forma de celebração; do princípio da igualdade de direitos e deveres entre os cônjuges quanto à capacidade civil e política e à manutenção e educação dos filhos; da proibição de qualquer discriminação dos filhos nascidos fora do casamento, por este motivo, e da igualdade dos pais no direito e no dever de educação dos filhos.

Por outro lado, a Reforma de 1977, sob a égide sábia dos ilustres Professores Isabel Magalhães Collaço e Francisco Pereira Coelho, soube alargar o programa prescrito nos n.ºs 1 e 3 do art.º 293.º Const. a normas adjacentes e envolventes, actualizando o Direito da Família à modernidade. Particularmente, no que toca à idade da maioridade, emancipação, direitos hereditários e de habitação da casa de morada de família pelo cônjuge sobrevivente, alimentos na união de facto, adopção, etc.

Ou seja, tal Reforma, num todo coerente, expurgou de inconstitucionalidades o Livro do Direito da Família do Código Civil de 1966, implementou-o e modernizou-o, mantendo-lhe o rigor filológico, o

⁴ A última tendência da nossa lei tem sido a de regular subsidiariamente a separação de pessoas e bens face ao divórcio (art.º 1794º CC), ou seja, desde a redacção do Dec.-Lei 496/77, de 27.11. Assim, o termo “divórcio” vale neste estudo para ambos os institutos e só faremos específica referência a essa separação quando tal se justificar. Também as referências aos artigos sem indicação de diploma reportam-se ao Código Civil de 1966 actualizado.

Finalmente, na epígrafe da sec. II do tít. II do liv. IV bem como em outros artigos do Código Civil, o nosso legislador continua a manter indevidamente a tradicional expressão “separação *judicial* de pessoas e bens”, quando, nos termos dos arts.º 1773º., n.º 2, 1775º e 1776º *ex vi* do art.º 1794º do Código Civil, esta “separação”, quando por mútuo consentimento, pode ser declarada pelo Tribunal ou pela Conservatória do Registo Civil. Assim, impõe-se a supressão, num grande número de hipóteses, do correlativo termo “judicial” ou o emprego da expressão «separação jurídica de pessoas e bens», de forma a poder abranger aquelas duas vias ora institucionais.

acerto da sua sistematização e o mérito de muitas das suas soluções, particularmente patrimoniais.

Salvo pequenas alterações, até 2003, o Código Reformado foi objecto de importantes modificações jusfamiliares, *v.g.*, quanto à adopção⁵, aos pressupostos e processo de divórcio por mútuo

⁵ Assim, o DL 185/93, de 22.5, alterou as idades para adoptar e ser adoptado, de modo a favorecer a adopção criou o instituto da confiança do menor com vista à adopção e regulou nesta a intervenção dos organismos da segurança social (sobre a necessidade e meios dos Serviços de Adopção, cfr. CAPELO DE SOUSA, *A Adopção. Constituição da Relação Adoptiva*, Coimbra, sep. do vol. XVIII, do Supl. BFDUC, 1973, págs. 133 e segs.), bem como regulamentou a adopção transnacional.

Por sua vez, o DL 120/98, de 8.5, aperfeiçoou o regime dos consentimentos privados para a adopção e criou, finalmente, um regime transitório (como o que vínhamos reclamando, desde *A adopção no Código Civil Português, Propostas de Alteração*, Scientia Iuridica, XXVI, 148/149, 1977, págs. 451 e seg.), para permitir a adopção plena a pessoas que *não* tivessem 60 anos de idade à data em que passaram a ter o menor a seu cargo mas já os tivessem à data de entrada em vigor do Código Civil de 1966, do DL 496/77, de 25/11, e do DL 185/93 de 22.5, sendo certo que este código retomou a adopção em Portugal, em termos muito restritos e sem regime transitório. O Código Civil de Seabra tinha-a interrompido, quando a generalidade dos países a consagrava.

Finalmente, em termos de alterações globais, a Lei n.º 31/2003 de 22.8, estabeleceu no art.º 1974.º, n.º 1, que prioritariamente «a adopção visa realizar o superior interesse da criança» (o que confirmou, nomeadamente, no n.º 2 do art.º 1978º, a propósito dos critérios de confiança do menor com vista a futura adopção). Também, *v.g.*, o novo art.º 1978.º-A estabelece que a confiança judicial do menor inibe automaticamente os pais do exercício do poder paternal; o n.º 3 do art.º 1979º voltou a repor a idade máxima da adopção nos 60 anos, favorecendo-a, e a nova red. do n.º 1 do art.º 1983º eliminou a possibilidade de o consentimento para a adopção dos pais biológicos, independentemente da instauração do processo de adopção, poder ser revogado no prazo de dois meses, embora tenha mantido a caducidade de tal consentimento nos termos do art.º 1983º.

Ou seja, também a Lei n.º 31/2003 visou *alargar* o campo de aplicação da adopção, mas não vamos até ao ponto de afirmar, como PEREIRA COELHO e GUILHERME DE OLIVEIRA, *Curso de Direito da Família*, I, 3ª ed., Coimbra Ed., 2003, pág. 54, que «a Lei n.º 31/2003, de 22.8, pelas soluções que consagrou, parece ter levado quase até ao limite, no conflito entre o interesse da família adoptiva e o dos pais biológicos, a *prevalência* do primeiro interesse sobre o segundo». Não; o que prevalece é o *superior interesse do menor* e este, face ao circunstancialismo concreto, tanto pode ancorar na manutenção do menor na família biológica como na adopção, tal como presentemente está desenhada. Mas toda esta panóplia de alterações foi pouco eficaz no aumento das adopções, apesar de os diversos partidos políticos governantes, face aos problemas da infância e da juventude desvalidas, numerosas (mais de 13.000 menores em institutos de solidariedade social) e/ou criminogenéticas, propagandarem os seus esforços legislativos (no papel...) em matéria de adopção como panaceia para os respectivos males. Mas o número de adopções plenas não ultrapassou

consentimento⁶, as causas de divórcio litigioso⁷ e ao direito de filiação⁸.

Nos tempos mais recentes, as alterações legislativas familiares têm-se multiplicado, na sua generalidade, com grande desacerto, como veremos de seguida.

374 casos, no ano de 2.000, e as adopções restritas quase que caíram em desuso. Cfr., a este respeito, ELIANA GERSÃO, *Adopção – Mudar o quê?* «Comemorações...», Direito da Família, *cit.*, págs 833 e segs., e P. COELHO e G. OLIVEIRA, *Curso...*, *cit.*, 3ª ed., 2003, págs 55 e segs, que se interrogam sobre quais as alterações a introduzir para aumentar as adopções. Parece-nos, além do mais, que a adopção plena deve ser decretada entre os 3 e 4 anos de idade do adoptando, período de formação da personalidade humana, essencial e decisiva, da criança, e que os assistentes sociais dos serviços de adopção, os funcionários administrativos e judiciais e os magistrados sejam mais responsáveis, sabedores e céleres no processo de adopção plena. Por exemplo, os perfis sociais, económicos, psicológicos e comportamentais dos adoptantes e do adoptando devem ser imediata e antecipadamente estudados, sem prejuízo do posterior *match* entre eles para apurar da viabilidade da adopção.

⁶ O DL 163/95, de 13.6, começou por atribuir às conservatórias do registo civil, paralelamente aos tribunais, competência para decretarem o divórcio por mútuo consentimento. O que não é inconstitucional, sempre que não haja litígios entre os particulares, que atribuíam a competência apenas aos Tribunais (art.º 202.º, n.º 2, Const.).

Já a Lei nº 47/98, de 10.8, veio permitir o divórcio por mútuo consentimento «a todo o tempo», sem dependência de limite mínimo de idade dos divorciandos e de qualquer duração do casamento (art.º 1775º, n.º 1).

Por sua vez, o DL 272/2001, de 13.10, concedeu competência *exclusiva* às conservatórias do registo civil nos processos de divórcio por mútuo consentimento que «*não* consubstanciem verdadeiros litígios» (arts. 1775.º, n.º 1, e 1773.º, n.º 2, 2ª parte), bem como aboliu a 2ª conferência no processo de divórcio. Assim, poderá administrativamente casar-se e divorciar-se no mesmo dia. Cfr. H. HÖRSTER, «Comemorações...» I. *Direito da Família, cit.*, *Evoluções legislativas no Direito da Família depois da Reforma de 1977*, págs. 67, n (24), 68, n (29), e 69, que bem aponta ainda diversas falhas redaccionais nestes diplomas.

⁷ Quanto ao divórcio litigioso, a Lei nº 47/98, de 10.8, reduziu para metade todos os prazos de duração das causas objectivas desses divórcio previstas na Reforma de 1977 (art.º 1781.º). Por outro lado, o legislador de 1998 acrescentou ao então art.º 1781.º, como nova causa de divórcio, «a separação de facto por 1 ano se o divórcio for requerido por um dos cônjuges sem oposição do outro».

⁸ Cfr. HÖRSTER, *ob. cit.*, págs. 69 e segs.

2. Novo regime do divórcio e da separação de pessoas e bens litigiosos

A Lei n.º 61/2008, de 31-10, alterou muito diversa, profunda e polemicamente tal regime⁹, nas suas causas, efeitos e procedimentos.

a) A fundamentação do novo regime.

Para tentar a justificação do alargamento e da celeridade das causas de divórcio, renegando compromissos pessoais e patrimoniais conjugais anteriores e deveres solidários de criação e educação dos filhos menores comuns, o n.º I da Exposição de Motivos da Lei n.º 61/2008 proclama que também nas transformações familiares dos portugueses se identificaram “três grandes movimentos que foram ocorrendo no decurso do século XX e, mais particularmente, nos seus últimos quarenta anos: sentimentalização, individuação e secularização”.

A sentimentalização traduzir-se-ia num predomínio dos “afectos” no “núcleo fundador e central da vida conjugal”, tais afectos seriam decisivos «para o bem estar dos indivíduos» e inerente “conjugalidade” e “sendo esta decisiva para a felicidade individual, tolera-se mal o casamento que se tornou fonte persistente de mal estar”. A partir daí pretendem, no divórcio, a substituição do princípio da culpa pelo da ruptura do casamento e unificar ou harmonizar o Direito da Família.

Estas ideias provêm de alguns dos autores coordenados por BOELE-WOELKI, Katharina, (ed.), (Chair of Commission – Utrecht), na Commission on European Family Law, com diversas publicações pela *Intersentia* de Antuérpia.

⁹ Na origem da Lei n.º 61/2008 esteve o Projecto de Lei n.º 509/X, de 10-4-2008, subscrito por diversos deputados do Partido Socialista, aprovado por Decreto n.º 232/X da Assembleia da República e alvo de veto “político” pelo Presidente da República de 20-08-2008 (art.136º, n.º 1, CRP), com a respectiva mensagem. Mas o texto legal foi reafirmado, por maioria absoluta, pela Assembleia da República.

Porém, como vem ensinando PEREIRA COELHO (*v. g. em Direito da Família*, Coimbra, Atlântida, 1965, págs. 15 e segs.), o Direito da Família, ao invés do Direito das Obrigações, é «muito permeável às modificações das estruturas políticas, sociais, económicas», «o seu carácter *nacional*» é uma «ideia exacta» e está «condenada a um seguro malogro a unificação deste Direito», sem prejuízo de o Mestre ter vindo a acentuar que os tempos recentes, e a consequente globalização, nos trouxeram alguns princípios comuns. Aliás, nos Estados federais (*v.g. nos Estados Unidos da América*) e até regionais (p. ex. em Espanha, com o Código Civil espanhol e o Código de Família da Catalunha) tende-se a especializar em boa medida as relações jurídicas familiares próprias de cada comunidade.

Assim, é manifesta a adolescência da Exposição de Motivos da Lei n.º 61/2008 que, sem prejuízo do cabimento de uma certa *fruição* subjectiva conjugal, esqueceu as ideias de *responsabilidade*, de *valores* e mesmo de *sacrifício* no casamento e ratificou o atirar da toalha ao chão por qualquer dos cônjuges, mesmo que unilateral e culposamente, à primeira dificuldade, não importando que haja filhos recém-nascidos. Todavia, em situações críticas de ditadura ou de capitalismo selvagem, como o que vivemos, comprova-se ser a família a célula social básica ou o último e mais seguro porto de abrigo, nomeadamente perante os filhos menores ou maiores desempregados, face a um dos cônjuges mais carenciado, perante o próximo e a sociedade envolvente, as necessidades do país que nos deve organizar e ajudar a desenvolver e até face ao próprio mundo que só solidariamente terá futuro.

b) As causas do divórcio litigioso e por mútuo consentimento.

Saliente-se, desde logo, no divórcio e na separação de pessoas e bens *litigiosos*, que, pela Lei n.º 61/2008, há uma total substituição do princípio e da cláusula geral da *culpa*, como causa de decretação de tais institutos, por uma remanescente e geral cláusula de *ruptura*

do casamento, independentemente de culpa, que tem como objectivo facilitar ainda mais o divórcio e erradicar as consequências jurídicas patrimoniais ligadas à culpa do cônjuge lesante ou principal lesante.

Com efeito, na redacção equilibrada da Reforma de 1977 dizia-se no n.º 1 do art.º 1779º, como *cláusula geral*, que “qualquer dos cônjuges pode requerer o divórcio se o outro violar *culposamente os deveres conjugais* (art.º 1672º), quando a violação, pela sua *gravidade* ou *reiteração*, comprometa a possibilidade de vida em comum”. Acrescentando-se no então art.º 1781º como causas *específicas* de divórcio por “*ruptura da vida em comum*” (ver epígrafe deste artigo):

“a *separação de facto* por *seis* anos consecutivos” (que com a Lei n.º 47/98, de 10-08, baixou para *três* anos e, injustificadamente, para *um* ano se o divórcio fosse *requerido* (sem se saber se ia ou não haver oposição) por um dos cônjuges sem *oposição* do outro (sem curar dos motivos da não oposição e do não recurso ao divórcio por mútuo consentimento);

“a *ausência*, sem que do ausente se saiba notícia, por tempo não inferior a *quatro* anos” (que com a Lei n.º 47/98, desceu para *dois* anos) e “a *alteração das faculdades mentais* do outro cônjuge quando dure há mais de *seis* anos (e há mais de *três* anos, por força da mesma lei de 1998) e, pela sua gravidade, comprometa a possibilidade de vida em comum”.

No caso de divórcio por violação dos deveres conjugais, a anterior redacção do n.º 1 do art.º 1787º impunha, para diversos efeitos patrimoniais, que o juiz declarasse na respectiva sentença se havia culpa de apenas *um* dos cônjuges ou de *ambos* e, nesta última hipótese, sendo a culpa de um deles *consideravelmente superior* à do outro, qual o *principal* culpado. Declarações estas que também tinham lugar no divórcio com fundamento em separação de facto, caso houvesse culpa de um ou de ambos os cônjuges (ant. red. do

n.º 2 do art.º 1782º) e que valiam para diversos efeitos pessoais e patrimoniais.

Diferentemente, a Lei n.º 61/2008, de 31-10, após elencar com *mínimos de duração* aquelas três causas de *ruptura* específicas de divórcio litigioso: “a *separação de facto* por *um* ano consecutivo”; “a *alteração das faculdades mentais* do outro cônjuge, quando dure há mais de *um* ano e, pela sua gravidade, comprometa a possibilidade de vida em comum” e “a *ausência*, sem que do ausente haja notícias, por tempo não inferior a *um* ano”, acrescenta, em *cláusula geral substitutiva*, enquanto actual redacção do art.º 1781º, al. d), como final fundamento do divórcio litigioso: “*quaisquer outros factos que, independentemente da culpa dos cônjuges, mostrem a ruptura definitiva do casamento*”.

Nestes termos, o art.º 8º da Lei n.º 61/2008 revogou as anteriores redacções dos arts. 1787º, n.º 1, e 1782º, n.º 2, eliminando as declarações de culpa nas sentenças de divórcio litigioso e, assim, as consequências a elas ligadas, como veremos.

c) Apreciação.

Em matéria do ora denominado (como se fosse uma inevitabilidade) divórcio «sem consentimento do outro cônjuge»¹⁰, a Lei n.º 61/2008 é extremamente imprudente. Afasta totalmente o sistema puro do divórcio-sanção ou o sistema compromissório deste divórcio

¹⁰ Na Lei n.º 61/2008 substituiu-se a clássica expressão «divórcio litigioso» pela equívoca, incompleta e longa denominação «divórcio sem consentimento de um dos cônjuges». Com efeito, este último tipo de divórcio tem carácter litigioso e só é decretado pelo tribunal após alegação, prova e valoração da matéria de facto dada como provada (cfr. art.º 1773º, n.º 3, e 342º, n.ºs 1 e 2, Código Civil).

Tal lei baniu de todo a relevância da culpa na declaração do divórcio e substituiu-a pela ideia, sempre pretensamente objectiva, de constatação da ruptura do casamento. Só que esta opção e a denominação usada não reflectem, e desvirtuam mesmo, aqueles caracteres de divórcio litigioso, que permanecem, bem como as respectivas causas culposas. Neste sentido, LOBO XAVIER, Rita, *Recentes alterações ao regime jurídico do divórcio e das responsabilidades paternas*, Almedina, 2009, págs. 24 e ss.

com o divórcio-remédio ou o divórcio-constatação da ruptura do casamento. Ou seja, arreda a necessidade, exclusiva ou em geral, de um facto ilícito *culposo* grave ou reiterado comprometedor da vida em comum para se decretar o divórcio e adere absoluta e exclusivamente ao sistema excepcional (em termos de direito comparado) do divórcio – constatação da ruptura do casamento (art.º 1781º)¹¹. De um modo *radical*, através de uma ampla cláusula geral (art.º 1781º, al. d)), sem nos dar critérios identificadores de «quaisquer outros factos, (que)..., mostrem a ruptura definitiva do casamento» (ao contrário dos §§ 1565, n.º 1, 2ª parte, a 1567 do BGB), permitindo nesta hipótese que qualquer dos cônjuges requeira o divórcio (art. 1785º, n.º 1). Tudo o que levanta muitas interrogações: p. ex. uma difamação grave e pública ou uma agressão física muito danosa são, de per si, causas objectivas do divórcio? Ou há que ter em conta o comportamento do difamado ou do agredido e o tempo após tais factos? Terão o difamante ou o agressor legitimidade para requerer o divórcio? Só o recurso, sem medo, ao abuso do direito (art.º 334º),

¹¹ Quando P. COELHO – G. OLIVEIRA, *Curso de Direito da Família*, I, *cit.*, 4ª ed., pág. 617 s. só nos apresentam como único modelo puro de divórcio-constatação da ruptura do casamento o sistema alemão (§ 1565, n.º 1, 1º per., BGB). Mas mesmo aí, para além dos diversos critérios identificadores da ruptura definitiva (assim, nos § 1565, n.ºs 1, 2.º per., e 2, 1566 e 1567, nomeadamente a separação de facto que dure por *um ano* só valerá quando o prolongamento do casamento não seja exigível para o cônjuge solicitante do divórcio, e só será irrefutável a separação por *três* anos), apresenta excepções à possibilidade de divórcio mesmo havendo ruptura, quando a manutenção do casamento resulte excepcionalmente necessária por razões de especial interesse para os filhos menores do casal ou quando o divórcio suporia, por causa de circunstâncias extraordinárias, um encargo tão grave para o outro cônjuge, que se oponha ao divórcio, que a subsistência do matrimónio resulte excepcionalmente imprescindível, inclusive tendo em conta os interesses do cônjuge solicitante do divórcio (§ 1568, BGB).

Mesmo na generalidade dos direitos europeus, em exclusão ou compromissoriamente, continua a vigorar o sistema da culpa e até da cláusula *geral* de culpa (que não de *taxativas* cláusulas de culpa). Assim acontece no direito francês (art.º 242.º CCfr.), onde aliás se exigem *seis* anos para a relevância das separações de facto conducentes ao divórcio (art.º 238.º, n.º 1, CCfr.). O direito italiano também supõe a violação culposa dos deveres conjugais (arts. 151.º e 143.º do CC ital.), assim como o direito suíço (arts. 137.º a 142.º CC suíço).

v. g., na modalidade de *venire contra factum proprio*, pelo julgador poderá trazer alguma sensatez à decisão de muitos casos.

O casamento é o acto nuclear da constituição da sociedade civil embora a sua continuidade com o necessário desenvolvimento seja extremamente bela mas complexa, pois é o modo mais seguro e socialmente melhor organizado para a felicidade dos cônjuges e dos filhos, face aos seus instintos, também humanos, de sobrevivência e de propagação e educação da espécie.

Todavia, em Portugal, o divórcio liberalizou-se de forma exagerada, a nosso ver, por força sobretudo da Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro, como vimos. A ponto de um dos cônjuges, que não se queira divorciar litigiosamente e tenha esperança na reconciliação, se ver obrigado a divorciar-se por mútuo consentimento, dadas as despesas com advogado e as custas judiciais, dado, na maior parte das vezes, nunca ter entrado num tribunal e ter horror a isso, nunca ter pedido a testemunhas para depor sobre a sua vida íntima e nem a queira ver exposta e dado ainda o facto de ao cônjuge culpado na situação familiar lhe bastar afastar-se de casa *um ano* ou passar a viver com outro/a parceiro/a, para poder, *ele próprio*, vir a pedir o divórcio (arts. 1781º, als. a) e d), 1782º e 1785º, n.º 1). Por isso, mesmo com quarentenas de separação maiores, os divórcios litigiosos passaram gradualmente a uma minoria ínfima e os divórcios por mútuo consentimento tornaram-se a quase totalidade dessas extinções do casamento, quando, antes da entrada em vigor da causa de «separação de facto», sucedia precisamente o contrário. Agora com *um ano* apenas de separação de facto e o pedido de divórcio acessível ao cônjuge causante, ou outras pretensas causas de ruptura mínimas, o casamento perdeu toda a estabilidade.

Enfim, vem-se alegre e irresponsavelmente destruindo famílias, as mais das vezes com meras crises conjugais, sem o mínimo cuidado, até com filhos de tenra idade, e desagregando o núcleo da sociedade, em nome de uma quimérica e egoísta felicidade individual.

As recentes anteriores alterações levam a incertezas na aplicação do direito, a al. d) do art.º 1781º é uma cláusula geral sem núcleo, sem conceitos de género bem definidos e circunscritos e sem linhas mestras, que indevidamente outorga ao cônjuge causante, em geral, da ruptura legitimidade para requerer o divórcio (arts. 1785º, n.º 1, e 1781º, al. d)). O que permite, em muitos casos, que tal cônjuge beneficie patrimonialmente da sua própria ruptura (arts. 1790º, 1791º e 2016º, n.º 2), que conduz a uma multiplicação de acções judiciais em sedes, tempos e pressupostos diversos, e que admite a relevância da *culpa* para outros *efeitos legais*, como a reparação (nos termos gerais do art.º 483º, n.º 1) dos danos causados ao cônjuge lesado pelo outro (art.º 1792º, n.º 1) e a outorga do direito ao arrendamento da casa de morada (art.º 1793º, n.ºs 1 e 3¹²). Tal obriga à instauração de *nova* ou *novas* acções, noutra tribunal, com produção independente de prova e fora da acção de divórcio, onde imediatamente e melhor se poderia apreciar tal culpa (red. ant. do art.º 1787º).

Além do que, o art.º 8º da Lei n.º 61/2008 revogou descuidadamente o art.º 1786º, que estabelecia um prazo de caducidade de *dois anos* para a instauração da acção de divórcio (e, subsequentemente, da acção de separação de pessoas e bens). Assim, estas acções podem ser instauradas *a todo o tempo*, sem prejuízo da aplicação do prazo ordinário da prescrição («extintiva») de 20 anos após os factos conducentes ao divórcio (art.º 309º). O que não garante exigências mínimas de certeza e de segurança no vínculo conjugal, introduzindo uma espada de Dâmocles sobre o casamento e desvanecendo os elementos probatórios.

É plausível e constitucional, fora a questão das funcionalidades administrativas, que o divórcio e a separação jurídica de pessoas e

¹² Dado o carácter não taxativo dos vectores do nº1 do art.º 1793.º, a culpa de um dos cônjuges na ruptura do casamento (inescamoteável como realidade onto-axiológico-jurídica) terá de valer para efeitos de atribuição do dito arrendamento, até por razões de justiça material.

bens, *por mútuo consentimento*, possam ser decretados pelo conservador do registo civil (art.º 1773º, n.º 2), quando não haja lugar a um *conflito* a dirimir, cuja competência pertenceria apenas aos tribunais (art.º 202º, n.º 2, Const.)¹³.

Discutível é que o divórcio e a separação por mútuo consentimento possam ser requeridos «a todo o tempo», *maxime* imediatamente, a seguir à cerimónia do casamento, porque não estão dependentes nem de um prazo de idade dos cônjuges nem do decurso de um qualquer prazo de duração do casamento (art.º 1775º). Mais, do ponto de vista processual, as duas anteriores conferências prévias

¹³ Todavia, há que dizer, em matéria de processo de inventário, que a Lei n.º 23/2013, de 5.3., é *inconstitucional*, ao atribuir aos notários, não só actos básicos da estrutura e da decisão do processo de inventário (*maxime* nos arts. 3º, n.º 4; 60º, 75º, 79º e 81º desta Lei), mas também ao delegar nos notários a efectivação do processamento dos actos e termos do processo de inventário ... de uma pessoa como sucessora por morte de outra, isto é, a *generalidade* de tais actos e termos (art.º 3º, n.ºs 1 e 4, da Lei n.º 23/2013). Sendo certo que no inventário há um *conflito* de interesses privados. Na verdade, toda a competência nesta matéria cabe aos tribunais, no exercício da sua função jurisdicional (n.ºs 1 e 2 do art.º 202º Const.). O juiz teria agora uma mera competência para *certos e especiais actos expressamente* referidos no processo de inventário (art. 3º, n.ºs 4 e 6) e determinadas competências de recurso (*v. g.* dos arts. 72º e 73º da mesma Lei). O processo está inquinado. Este deve ser inteiramente conduzido e decidido pelo juiz e só por ele. Os notários não têm a mesma independência, não são órgãos de soberania, não têm o mesmo saber jurídico-jurisdicional, não lhes cabe «dirimir conflitos de interesses públicos e privados» e têm outras tarefas relevantes. Os conflitos sucessórios levantam sentimentos profundos interfamiliares e desencadeiam interesses patrimoniais, normalmente avultados e complexos, entre familiares muito próximos. Daí a ciência, o rigor, a sabedoria e a perspicácia com que tais conflitos devem ser tratados e solucionados.

A Lei n.º 23/2013 não simplifica o processo de inventário, faz dele até uma bola de ping-pong entre os serviços administrativos e o juiz. Por outro lado, não pode haver «descongestionamento dos tribunais» ferido de inconstitucionalidade, quer por incompetência dos órgãos, mesmo que só parcialmente, dirimentes dos conflitos de interesses públicos e privados (art.º 202º, n.º 2, Const.), quer por diminuição da qualidade do acesso ao direito e aos tribunais, bem como dos respectivos procedimentos judiciais (n.ºs 1 e 5 do art.º 20º Const.). Tanto mais que os processos de inventário exigem estudo profundo e alta ponderação, dados os elevados quantitativos e bens normalmente em causa, bem como as normais complexidades e dificuldades das questões jurídicas sucessórias nele inerentes.

E o certo é que a Lei n.º 23/2013 concedeu ainda mais poderes, na sua generalidade, aos notários, do que a Lei n.º 29/2009 concedia aos conservadores, sujeitos a um apertado *controlo* dos Tribunais. Isto é, para «descongestionar os Tribunais», acentuou-se a inconstitucionalidade...

de conciliação dos cônjuges foram substituídas por uma só conferência, dirigida fundamentalmente ao decretamento do divórcio ou da separação (art.º 1776º, n.º 1). Acresce que, a pressa de decretar o divórcio é tal que o art.º 8º da Lei n.º 61/2008 revogou o n.º 1 do art.º 1422º CPC, proibindo a suspensão da conferência já iniciada por período não superior a 30 dias, se houvesse fundada razão para crer que tal suspensão facilitaria a *desistência* do pedido. Faltam, pois, maturidade e reflexão a tão importantes actos que são levemente substituídos por uma pretensa celeridade processual.

3. Nulidade do casamento católico e regime e anulabilidade dos casamentos civis não católicos.

Embora o conhecimento das causas respeitantes à nulidade do casamento católico continue reservado aos tribunais eclesiásticos, as respectivas decisões deixaram de produzir efeitos automaticamente na ordem civil portuguesa, carecendo de ser revistas e confirmadas (art.º 1625.º, n.ºs 1 e 2, conforme decorre expressamente da Lei n.º 100/2009, de 11.05, e já era defensável face ao art.º 16.º na alteração da Concordata de 2004).

Por sua vez, os casamentos civis celebrados sob forma religiosa não católica, já previstos no art.º 1615.º (na red. dada pela Lei da Liberdade Religiosa n.º 16/2001, de 22-07), só foram regulados pela Lei n.º 324/2007, de 28-09, quanto ao processo preliminar do casamento (arts. 135.º, n.º 4; 136.º, n.º 2, e 137.º, n.ºs 6 e 7, CRC), ao certificado para casamento (arts. 146º, n.º 1, e 147º, n.º 1, al. f), CRC) e ao assento e registo por transcrição (arts. 187º-A a 187º-C CRC). Estes casamentos quanto aos seus *efeitos* civis, têm o mesmo regime dos casamentos civis sob a forma civil, diferentemente do que acontece em casos pontuais com o casamento católico, como é sabido.

4. Registo dos casamentos

Insensata no Dec. Lei n.º 324/2007, de 28-09, que fundamentalmente se dirigiu a adaptar o Código de Registo Civil, foi a revogação dos arts. 1654º a 1668º do Código Civil e a sua incorporação na globalidade das disposições registrais dos arts. 167º a 187º-C do CRC. Com efeito, aquelas disposições do Código Civil são normas substantivas ou de direito material pois regem os direitos basilares dos cidadãos em matéria de transcrição matrimonial e permitiam-nos fazer a ponte entre a celebração do casamento, as disposições gerais do registo matrimonial e os efeitos de tal registo. A sua revogação no Código Civil quebra a unidade e a essencial compreensão da constituição e inerente registo do casamento.

O Código do Registo Civil é um diploma fundamentalmente administrativo, composto maioritariamente por normas instrumentais, sem prejuízo de nele se acolherem, por razões práticas, as normas dos arts. 1654º a 1668º CC. Mas revogando-se estas normas no Código Civil, há uma inversão de valorações normativas.

Nem se diga que a solução do ora legislador evita duplicações. Ele próprio duplica, total ou parcialmente, as mesmas normas no Código do Registo Civil e no Código Civil. Nomeadamente nos arts. 1614º CC e 145º, n.º 1, CRC (prazo para a celebração de casamento); arts. 1613º CC e 144º, n.º 1, CRC (despacho final do processo preliminar do casamento); arts. 1611º CC e 142º, n.º 1, CRC (declaração de impedimentos neste processo preliminar); 1670º CC e 188º CRC (retroactividade dos efeitos do registo do casamento).

5. Responsabilidades parentais e poder paternal

A Lei n.º 61/2008, para além de alterar expressamente nos arts. 1776º-A e 1901º a 1912º, a clássica expressão «poder paternal» pela

difusa frase «responsabilidades parentais», estabeleceu, genericamente, no seu art.º 3º a mesma substituição nas epígrafes e disposições da secção II do capítulo II do título III do livro IV do Código Civil.

Apesar de a expressão «responsabilidades parentais» constar de recomendação do Conselho da Europa (Recomendação n.º R (84) 4, de 28-02-1984), tal expressão é utilizada numa linguagem *corrente* e tal órgão não será o mais indicado para definir a *natureza jurídica* dos institutos jurídicos.

Com efeito, a expressão «poder paternal» vem-nos dando conta de um «poder funcional» ou de um «poder-dever», englobável na ideia de «direito subjectivo em sentido *amplo*» (que não na concepção de um direito subjectivo em *sentido estrito*) (cfr. CASTRO MENDES, *Teoria*, II, 1979, págs. 135 e segs., ORLANDO DE CARVALHO, *Teoria. Sumários*, 1981, págs. 81 e segs. e CAPELO DE SOUSA, *Teoria, cit.*, I, 2003, págs. 185 e segs.). Na expressão «poder paternal» há, pois, «deveres» (equivalentes *grosso modo* às «responsabilidades»), mas a par de «poderes», a maioria dos quais constituem direitos em sentido lato quer relativamente aos filhos (prioritariamente em benefício destes mas também no exercício do direito geral de personalidade dos pais - *v.g.* no art.º 1887º), quer relativamente a terceiros (*maxime* em matéria de direito da educação dos filhos pelos pais face ao Estado nos termos do art.º 36º, n.º 5, Const.). Vejam-se P. COELHO e G. DE OLIVEIRA, *Curso de Direito da Família*, 4ª ed., págs. 127 e seg. e ANTUNES VARELA, *Direito da Família*, 1,4ª ed., págs. 76 e segs.

Além do que, a expressão «responsabilidades parentais» é um neologismo comum, sem a juridicidade das expressões «responsabilidade negocial ou contratual» e «responsabilidade extranegocial ou extracontratual».

Por último, o ora legislador, com confusão de critérios, manteve a designação de «poder paternal» na epígrafe e em diversas disposições da secção III do capítulo II do título III do livro IV do Código Civil; no art.º 124º (suprimento da incapacidade dos menores); no

art.º 144º (exercício do poder paternal na interdição); no art.º 318º, al. b) (suspensão da prescrição); no art.º 1981º, n.º1, al. c) (consentimento para a adopção) e no art.º 1997º (poder paternal na adopção restrita). É que o «poder paternal» na sua acepção clássica-jurídica é uma realidade mais abrangente do que «responsabilidades parentais», não se confundido aquela expressão com uma acepção meramente naturalística, ultrapassada e politicamente incorrecta.

6. A afinidade

A partir da entrada em vigor a 01-12-2008 da Lei n.º 61/2008, a afinidade passou a cessar pela dissolução do casamento por *divórcio*, continuando a não cessar por morte.

A solução é incorrecta. A favor dela pode invocar-se no divórcio um certo esbatimento dos laços afectivos entre cada um dos ex-cônjuges e os parentes do outro (neste sentido, P. COELHO e G. OLIVEIRA, *ob. cit.*, 4ª ed., pág. 47; minorando-o A. VARELA, *ob. cit.*, pág.104). Todavia, em matéria de sentimentos a família nuclear e pós-nuclear vêm tornando ténues esses e outros laços (v. g. no parentesco), tanto em caso de morte como de divórcio e mesmo na constância do casamento. Tais sentimentos estão muitos ligados à emocionalidade e à educação individuais. A título de exemplos, em sentido contrário, a presença de ex-cônjuge no funeral do ex-sogro, até enquanto avô de seus filhos, ou o tratamento de “tio” ao ex-cônjuge da tia biológica.

Mas, parece-nos que a questão deve ser vista pelos seus principais vectores jurídicos. Ora, a afinidade releva sobretudo, quando em linha recta, como impedimento dirimente relativo à celebração do casamento (art.º 1602º, al. c)). Como bem salientam P. COELHO e G. OLIVEIRA, *ob. cit.*, pág. 262, «são aqui as decisivas *razões de moral familiar*, além do *respeito devido às convenções sociais que*

censurariam fortemente casamentos celebrados entre as pessoas que aqueles impedimentos abrangem».

Sendo assim, a cessação da afinidade por divórcio abre as portas ao casamento de ex-afins em linha recta, até quando estes tenham provocado o divórcio com vista a ulterior casamento entre eles. Situação esta que já não ocorre em caso de morte de um dos cônjuges, até porque se mantém a afinidade e conseqüente impedimento matrimonial. Pelo que, dada a voluntariedade da maioria das causas de divórcio e as possíveis interferências dos respectivos afins, do ponto de vista dos impedimentos matrimoniais, justifica-se mais a não cessação da afinidade em caso de divórcio do que em caso de morte.

Aliás, no direito canónico, releva não só a afinidade fundada no *casamento* como a derivada de *concubinato* público ou notório (can. 1093 CD Can.).

Por outro lado, não se compreende que as proibições dos arts. 1809º, al. a), e 1866º, al. a) (face às averiguações officiosas da maternidade e da paternidade, quando a pretensa mãe e o perfilhante, no 1º caso, ou a mãe e o pretenso pai, no 2º caso, sejam afins em linha recta) se mantenham quando a afinidade não cessar por morte e se levantem no caso da afinidade cessar por divórcio.

7. O casamento entre pessoas do mesmo sexo.

Não temos dúvidas em afirmar que, face à nossa *actual* Constituição, o *casamento* entre pessoas do *mesmo* sexo constitui uma clara violação dos n.ºs. 1, 3, 5 e 6 do art.º 36º e dos n.ºs. 1 e 2, als. b), c), d) e e), do art. 67º, todos da Constituição, que ligam o casamento à constituição da família, enquanto elemento fundamental e estruturante da sociedade e à procriação, manutenção e educação dos filhos, com base na união do homem e da

mulher¹⁴. Aliás, o casamento entre o homem e a mulher é o único historicamente institucionalizado, independentemente das raças e das religiões, e o único emergente do direito «suprapositivo» (valores jurídicos fundamentais), obrigando também o legislador constitucional (cfr. OTTO BACHOF, *Normas constitucionais inconstitucionais?*, trad. Cardoso da Costa, Atlântida Ed., Coimbra, 1977, pág. 3). Tal casamento é o único antropológicamente justificado por uma unidade bio-químico-crossomática de dois seres distintos mas complementares, sendo só através dela possível garantir o instinto básico da propagação da espécie humana.

Nem se diga que assim se infringe o art. 13º, n.ºs. 1 e 2, Const. É que a igualdade perante a lei implica que se tratem igualmente situações de interesses iguais e que se tratem diferentemente situações de interesses diversos, em correspondência com a sua particularidade. Por sua vez, para indagar qual o critério para sabermos se estamos perante uma situação de igualdade ou de desigualdade, parece-nos, com CASTANHEIRA NEVES (*O instituto dos «assentos» e a função jurídica dos Supremos Tribunais*, Coimbra Ed., 1983, págs. 173 e 176), que tal critério decorre da «intenção material específica do direito» (ou seja, da «intenção de justiça material» que não apenas da mera proibição de arbítrio), havendo que saber, não só se a teleologia da norma, acto ou decisão em causa oferecem «fundamentos materiais suficientes» ou assentam em «considerações razoáveis», mas também se o conteúdo concreto da norma ou decisão jurídica nos surge referido a «fundamentos, normativas *ab extra*, que a ele próprio e à sua teleologia autonomamente os justifiquem».

¹⁴ No sentido da inconstitucionalidade dos casamentos entre pessoas do mesmo sexo, cfr., desenvolvidamente, Ivo Miguel BARROSO, «O casamento civil de pessoas do mesmo sexo...», Coimbra, *Lex Familia*, 7/13 (2010), 57 s. e «A heterossexualidade como característica *sine qua non* do conceito de casamento, à luz do *ius cogens*», *Lex Familia*, 10/19 (2013), 27 ss.

Assim, os homossexuais têm os mesmos direitos e deveres subjectivos públicos e privados (políticos, penais, civis, económicos, etc.) que os heterossexuais, *v. g.* em matéria de direito de acesso a cargos públicos (art.º 50º Const.) e de direito ao trabalho (art. 58º, n.º 1, Const.). Um ou uma homossexual com mais de 35 anos, cidadãos eleitores e portugueses de origem podem ser Presidente da República.

Mais, o princípio da igualdade estende-se, e muito bem, à generalidade das relações jurídicas bilaterais e douradoras entre homossexuais ou entre heterossexuais, como a união de facto (Lei n.º 7/2001, de 11-05). Todavia, nesta, já cessa o princípio da igualdade, por intenção material específica do direito, nos casos de adopção (art.º 7º da Lei n.º 7/2001) ou de procriação médica assistida (art.º 6º da Lei n.º 32/2006, de 26-07), porque aqui é predominante o interesse da criança (art.º 1874º, n.º 1) e esta necessita da imagem, temperamento, carácter e sensibilidade do homem e da mulher (enquanto portadores de específicas masculinidade e feminilidade complementares e solidárias).

No caso do casamento, por maioria de razão e pela sua natureza atrás referida, há limites internos e externos (cfr. C. NEVES, *ob. cit.*, pág. 176) do princípio da igualdade, impeditivos da sua extensão às uniões homossexuais. Do fundo dos tempos e do relevo da sua natureza, o casamento vem sendo universal e claramente definido como «união matrimonial, celebrada perante a lei, entre duas pessoas de sexo diferente que passam a constituir uma família» (ACADEMIA DAS CIÊNCIAS DE LISBOA, *Dicionário da Língua Portuguesa Contemporânea*, I, Verbo, 2011, pág. 721).

O Direito impede, pois, que o legislador subverta este valor jurídico básico.

Nestes termos, a inconstitucionalidade do casamento de pessoas do mesmo sexo é declarável em sede de fiscalização abstracta sucessiva (art.º 281º, n.º 1, al. a), e n.º 3 Const.) e de fiscalização concreta (art.º 280º, n.º 1, Const.).

Por outro lado, como demonstrámos, o casamento entre pessoas do mesmo sexo não decorre do art.º 13º Const.¹⁵. Assim, a todo o tempo, a Lei n.º 9/2010, de 31-05, pode ser revogada, por via ordinária.

8. A Adopção, A Inseminação Artificial E A Chamada «Co-Adopção», Por Homossexuais.

O art.º 3º da Lei n.º 9/2010, de 31.05, e o art.º 7º da Lei n.º 7/2001, de 11.05, proíbem a adopção a pessoas do mesmo sexo, respectivamente, «casadas» e em união de facto. Por sua vez, o art.º 6º da Lei n.º 32/2006, de 26.07, proíbe a procriação medicamente assistida às mesmas pessoas. O que é natural e óbvio, uma vez que, como já dissemos, a adopção «*visa realizar o supremo interesse da criança*», não se destinando a «salvar» casamentos em risco, a realizar interesses de celibatários frustrados, nem muito menos interesses de pessoas do mesmo sexo, que não assegurem, como referimos *supra*, sob o n.º 7, as imagens solidárias do homem e da mulher, essenciais para o desenvolvimento das crianças, e «reais *vantagens* do adoptando», exigidas também pelo art. 1974º, n.º 1, do Código Civil.

¹⁵ Inicialmente, houve quem argumentasse a favor do casamento por homossexuais com a expressão do art. 36.º, n.º 1, Const. «*todos têm o direito de... contrair casamento*». Mas esta expressão demonstra o contrário. Com efeito, aquilo a que «*todos*» têm direito é a contrair «*casamento*» e o conceito deste era indubitável e expressamente o do art. 1577.º do Código Civil, ou seja, «o contrato entre duas pessoas de *sexo diferente* que pretendam *constituir família* mediante uma *plena* comunhão de vida, *nos termos das disposições deste Código* (v.g. dos arts. 1603.º, n.º 1, 1605.º, red. inic. 1628.º, al. e), reds. inics. arts. 1674.º e 1675.º, etc)». Ou seja, o casamento, aquando da entrada em vigor da Constituição de 1976, pressupunha sempre e exclusivamente um contrato entre um homem e uma mulher. Toda e qualquer pessoa tem um sexo definido ou definível e os fins civis do casamento apontam também para a união de um homem e de uma mulher (*maxime* a propagação da espécie, que também é um instinto básico). Por outro lado, já existe, e bem, a união de facto entre os homossexuais e os seus efeitos podem ser alargados legalmente.

Aliás, a adopção por homossexuais é *inconstitucional*, dado o disposto no n.º 7 do art.º 36º da Const., que, no seu espírito e sistematização, tem de se enquadrar em todo o contexto daquele artigo, ou seja, como vimos *supra* no n.º 7, que visa a família naturalisticamente heterossexual, constituída na base da união, sobretudo, do casamento entre o homem e a mulher (*maxime*, face aos nºs 1, 3, 4 e 5 do art.º 36º da Const.). Por outro lado, também do ponto de vista do «*superior interesse da criança*» e das «*reais vantagens do adoptado*» (art.º 1974º, n.º 1, CC), há uma *muito maior procura* de crianças adoptáveis plenamente por casais heterossexuais do que uma *oferta* dessas crianças, sendo certo que a adopção restrita é rara, excepcional e entra em conflito, muitas vezes, com a família biológica, que mantém o maior acervo de direitos e obrigações sobre as crianças e os jovens. Tudo o que, estendendo-se a adopção às uniões homossexuais levaria a um maior rapto de crianças adoptáveis, à sua compra e, sobretudo, à gravidez ilícita de mães de aluguer e à adopção internacional ilegal¹⁶.

Todas estas razões são, por maioria de razão, válidas para a procriação medicamente assistida ou para as relações sexuais entre um dos membros dos unidos homossexuais e terceiro de sexo diferente, unicamente para fins de procriação a favor do casal homossexual (nos E.U.A., num dos seus Estados, onde aliás existem diferenças abissais de regimes, duas unidas de facto homossexuais surdo-mudas combinaram e conseguiram que uma delas tivesse relações sexuais com um surdo-mudo para daí nascer, com maiores probabilidades, um filho também surdo-mudo, o que veio a acontecer)! Para onde caminhamos?

Apesar de o Partido Socialista ser co-autor das propostas da união de facto e do casamento entre pessoas do mesmo sexo, res-

¹⁶ Para maiores desenvolvimentos, cfr. CAPELO DE SOUSA, *A Adopção. Constituição da Relação Adoptiva*, *ob. cit.*, 133 s. e 197 s.

salvou desses regimes a extensão da adoção, como vimos, bem como na procriação medicamente assistida reservou-a aos casais heterossexuais.

Todavia, no que parece uma tática de pequenos passos, vem agora defender-se uma «co-adoção» para casais homossexuais, em que um dos seus membros tenha um filho biológico, pretendendo ver nisso uma similitude com o que se passa com os casais heterossexuais em que um deles tenha um filho biológico ou adoptado e se facilita a adoção *plena* pelo outro cônjuge (art.º 1979º, n.º 2, 2ª parte).

Nada de mais errado. Primeiro, era preciso demonstrar que a adoção *plena* (a adoção *restrita*, com menores efeitos, não é neste caso facilitada ao outro cônjuge heterossexual – cfr. art.º 1993º, n.º 1, por causa da protecção da família biológica) por casais homossexuais seria constitucional, visaria o superior interesse da criança e apresentaria reais vantagens para o adoptando pleno¹⁷, tudo o que, como vimos, não acontece. Assim, a expressão «co-adoção» é um eufemismo, desde logo porque não existe adoção singular pelo outro cônjuge homossexual. Aliás, as adoções *plenas singulares* são alvo de oposição¹⁸, a não ser que o outro cônjuge seja o progenitor biológico e haja adoção plena pelo outro cônjuge heterossexual ou tenha havido um processo de adoção plena conjunta heterossexual e, na pendência do mesmo, um dos cônjuges adoptantes tenha falecido, mas sempre com o juiz a aferir o interesse superior do menor e as suas reais vantagens.

Na alegada «co-adoção» homossexual plena acresce ainda uma importante desvantagem para o menor, que perderia toda a ligação com a família biológica, com as respectivas imagens masculina e feminina, e provocaria o recurso àquelas práticas condenáveis, atrás referidas. Nem se diga que é melhor a «co-adoção» homossexual

¹⁷ Ver CAPELO DE SOUSA, *A Adoção. Constituição...*, cit., 114 ss., e 125 ss.

¹⁸ CAPELO DE SOUSA, *ob. ant. cit.*, 173 s. e 119 s.

do que o internamento dos menores nos institutos. Desde logo, porque, dada sobretudo a idade dos interessados, a única alternativa ao internamento é normalmente a adoção restrita (e esta, como vimos, não é aplicável aqui). Mesmo a adoção restrita heterossexual é rara, entra normalmente em conflito com a família biológica e há várias instituições a funcionar bem. A única solução melhor nesses e noutros casos idênticos, face aos interesses dos menores, os únicos relevantes, é a adoção plena por heterossexuais, quando essa adoção é feita no máximo até aos 5 anos, uma vez que a personalidade da criança se forma, essencialmente, entre os 3 e os 4 anos.

Muito menos se diga que aqui há discriminação dos homossexuais, por maioria das razões indicadas *supra*, sob o n.º 7.

Os adeptos destas «co-adoções» têm vindo, por último, a dizer que o povo português, no passado, ainda não estava preparado para a adoção por «casais» do mesmo sexo. Não seria, porém, tempo de os homossexuais, detentores da generalidade dos direitos no sistema português, e bem, olharem agora para a real natureza do casamento e para o superior interesse da criança, que nada têm a ver com a sua justa afirmação? E de eles, bem como os políticos que lhes formulam os pontos de vista, porem de lado o eleitoralismo fácil e entreajudarmo-nos na resolução dos verdadeiros problemas dos portugueses?

9. Alimentos

O n.º 2 do art.º 2016º-A, aditado pela Lei nº 61/2008, de 31-10, estabelece que «o Tribunal deve dar prevalência a qualquer obrigação de alimentos relativamente a um filho do cônjuge devedor sobre a obrigação emergente do *divórcio*¹⁹ em favor do ex-cônjuge».

¹⁹ Este termo «divórcio» só faz sentido reportado ao divórcio litigioso, uma vez que no divórcio por mútuo consentimento se exige como condição prévia «acordo

Há aqui, no divórcio litigioso, uma discriminação à regra geral do art.º 2009º, com prejuízo sobretudo do ex-cônjuge não causador do divórcio ou causador em menor medida. A razão de ser do n.º 2 do art.º 2016º-A está nas contradições e sequelas derivadas da substituição integral e atrabiliária do princípio da culpa pelo princípio da ruptura matrimonial no divórcio litigioso. Assim, desfavorecem-se, na mesma medida, o cônjuge causador do divórcio e o cônjuge não causador do divórcio ou causador em menor grau (com os sofismas de que não há ex-cônjuges causadores de divórcio ou de que ambos o causaram em igual proporção). Por sua vez, já existia e existe garantia para a obrigação de alimentos relativos a filhos do cônjuge devedor, na medida em que, na sua base, «os alimentos serão proporcionais aos *meios* daquele que houver de prestá-los (art. 2004º, n.º 1) e ter-se-á neles em conta *«todas as circunstâncias* que influam sobre... as *possibilidades* do (cônjuge) que os presta» (art.º 2016º-A, n.º 2). Assim, a existência de filhos do ex-cônjuge devedor deve ser um elemento de ponderação da fixação de alimentos e não uma causa, *ipso iure*, de prevalência da obrigação alimentar filial.

A Lei n.º 61/2008, de 31-10, teve um nítido propósito de desvalorizar o direito a alimentos do ex-cônjuge, fazendo ainda tábua rasa de este não ser o causador da ruptura matrimonial ou de ser o causador em menor grau. Além do já referido no n.º 2 do art.º 2016º-A, o n.º 3 do art.º 2016º (negação do *direito* a alimentos por «razões manifestas de *equidade*») é uma contradição nos próprios termos face às condições estreitíssimas em que é concedido tal direito (arts. 2003º, n.º 1; 2004º e 2016-A, n.ºs 1 a 3)). Assim, o pretendido efeito dissuasor da propositura de acções de alimentos entre ex-cônjuges

sobre a prestação de alimentos ao cônjuge que deles careça» (art.º 1775º, n.º 1, al. c)). Ou seja, é aplicável aqui o art.º 2004º e inaplicável o n.º 2 do art.º 2016º-A, por não caber na letra nem no espírito daquela al. c). Nem um pensamento legislativo em sentido contrário encontraria nesta alínea um mínimo de correspondência verbal (art.º 9º, n.º2).

não se compadece com a necessidade de afirmar substantivamente o Direito.

10. A partilha dos bens comuns no caso de divórcio litigioso.

Piorando mais o regime do divórcio litigioso, a Lei n.º 61/2008 manteve o art. 1790º mas substituiu nele a expressão «o cônjuge declarado único ou principal culpado» por «nenhum dos cônjuges» e impôs a estes o regime da *comunhão de adquiridos*. Ora, sabe-se que tal artigo, relativo à partilha em caso de divórcio litigioso, só é aplicável quando vigora entre os cônjuges o regime da comunhão geral de bens, pois no regime da separação de bens não há «partilha» (porque esta pressupõe bens *comuns*, inexistentes neste regime – art.º 1735º) e no regime de comunhão de adquiridos é irrelevante o art. 1790º, tanto na anterior como na nova redacção. Todavia, enquanto a anterior redacção se justificava para não prejudicar o cônjuge inocente, a nova redacção, abstraindo da culpa, permite ao cônjuge «rico» ou «menos pobre» (*v. g.*, que levou mais bens para o casamento ou que herda mais), casado no regime de comunhão geral, poder estar interessado em causar e requerer o divórcio, porque então, aplicando-se o regime da comunhão de adquiridos, são mais os bens que receberá e menos os bens que irão para o cônjuge «pobre» ou «menos rico» (*maxime* que levou menos bens para o casamento ou que herda menos), mas cumpridor dos seus deveres conjugais e inclusive vítima de violência doméstica ou de outros maus tratos, resultantes da violação dos deveres conjugais pelo cônjuge causador da ruptura e nela interessado²⁰.

²⁰ No n.º II.4 da «Exposição de Motivos» da Lei n.º 61/2008 argumenta-se para justificar a actual redacção do art.º 1790º que assim se «evita que o divórcio se torne um meio de adquirir bens» e que o sistema da culpa era um «ensejo para *premiar* um inocente e *castigar* um culpado». Não é exacto. O regime anterior era, como vimos, um meio de *não desfavorecer* o cônjuge *inocente*, nomeadamente quando alvo de violência doméstica. O regime actual é que, em certos casos, é um meio de *premiar*

Acresce que, PEREIRA COELHO e GUILHERME DE OLIVEIRA, *Curso de Direito da Família, ob. cit.*, 2008, pág. 671 e seg., defendendo a anterior redacção do art. 1790º, frisam que «particularmente injusto seria que, dissolvendo-se o casamento por divórcio, o cônjuge declarado único ou principal culpado recebesse na partilha metade dos bens que o outro cônjuge já tinha ao tempo do casamento ou depois lhe adviesse por herança ou doação. *O art.º 1790º querera evitar essa injustiça*». Não se compreende agora o ataque de GUILHERME DE OLIVEIRA, na Exposição de Motivos que originou a Lei n.º 61/2008, ao antigo art.º 1790º e a formulação de um artigo nesta Lei que, por imposição do regime de comunhão de adquiridos, desfavorece o cônjuge inocente em benefício do causador da ruptura. Não. O casamento é um contrato que deve ser pontualmente cumprido, salvo excepções legais juridico-eticamente defensáveis, até porque estão em causa os instintos básicos da sobrevivência e da propagação da espécie humana. Não é uma festa ou uma paródia que só valem enquanto duram. Com esta lei voltámos ao repúdio do outro cônjuge, próprio da Antiguidade, quando normalmente o que se pretende é fazer um projecto de união e desenvolvimento a dois para toda a vida. A liberdade de um dos cônjuges acaba onde

o cônjuge *culpado* e de o *incentivar ao divórcio*. Justifica-se ainda o legislador de 2008 com o sistema alemão. Ora este assenta em pressupostos muito diferentes do nosso. Em primeiro lugar, o BGB opta por uma prestação de alimentos reforçada entre os cônjuges (§§ 1569 a 1586b), que normalmente favorecerá o cônjuge mais carenciado, enquanto, como vimos, no n.º 9, pela Lei n.º 61/2008 prejudica-se o cônjuge inocente. Em segundo lugar, há no sistema alemão uma pensão compensatória entre os cônjuges divorciados que dissuade os divórcios interesseiros ou irresponsáveis (§§ 1585 a 1585e). Finalmente, como também vimos, as causas de divórcio do sistema alemão não têm o radicalismo e a ligeireza da Lei n.º 61/2008.

Notável é que, em Portugal, apesar das mensagens do Presidente da República de 20.8.2008 e de 21.10.2008, do comunicado do mesmo de 21.10.2008 e do reconhecimento de erros cometidos pela própria Comissão que originou a Lei n.º 61/2008, tudo continue na mesma, num Código e numa Reforma de 1977, que levaram dezenas de anos a elaborar. Mas, enfim, há prioridades em expoliar os pensionistas, os reformados e os funcionários públicos e em criar e exportar desempregados.

começa a liberdade do outro e ambas as liberdades, em princípio, fundiram-se num compromisso livre e num ser-a-dois²¹.

Por outro lado, o enquadramento sistemático do art. 1790º numa subsecção IV dos «efeitos do divórcio» *em geral* (diferente, pois, da subsecção III, intitulada «divórcio litigioso»), e a expressão inicial ampla «em caso de divórcio» deste artigo conduziriam a aplicar também o respectivo regime ao divórcio por mútuo consentimento. Dada, porém, a natureza deste divórcio e o carácter imperativo do art. 1790º, parece-nos que esta disposição deve ser objecto de interpretação restritiva e valer apenas para o divórcio litigioso. Por fim, a Lei n.º 61/2008 não contém, como dissemos, qualquer cláusula atenuante, particularmente se e durante a constância do casamento a *não* dissolução for excepcionalmente necessária, por motivos especiais, no interesse de filhos menores provindos do casamento ou quando o divórcio suponha, por causa de circunstâncias extraordinárias, um encargo tão grave para o cônjuge que se opõe a ele que faça com que a subsistência do matrimónio resulte excepcionalmente imprescindível, inclusive tendo em conta os interesses do cônjuge que pediu o divórcio (cfr. § 1568, n.º 1, do BGB).

Assim, os mais recentes diplomas portugueses vêm alargando as causas de divórcio e irrelevando a culpa, em efeito de bola de neve com a provocação de mutações sociais da conjugalidade, esquecendo que o divórcio é normalmente um mal menor. Pelo que, mesmo sem complexos de culpa, nem «tudo correrá no melhor dos

²¹ Um exemplo: João e Maria casaram em 2005, no regime de comunhão geral de bens, tendo Maria levado para o casamento um terreno no valor 100.000 Euros e João recebido por doação dos pais um andar no valor de 200.000 Euros. João, em 30-1-2014, espanca violentamente Maria, deixa o domicílio conjugal, não mais regressa e, em 3-2-2015, vem requerer o divórcio litigioso (arts. 1781º, als. a) e d), e 1785º, n.º 1).

De acordo com a aplicação dos actuais arts. 1790.º e 1722.º, n.º 1, al. b), João receberá na partilha 200.000 Euros e Maria 100.000 Euros (arts. 1790.º e 1722.º, n.º 1, al. a)). Bela justiça... que promove mais divórcios com injustos benefícios para os deles culpados!!!

mundos possíveis». Cândido não o sentiria, apesar de Pangloss não o ter feito passar pelas teias do casamento e do divórcio.

11. O apadrinhamento civil

Finalmente, o Estado ensaiou através da Lei n.º 103/2009, de 11-09, o instituto do *apadrinhamento civil*. Trata-se de uma relação jurídica para-familiar, tendencialmente de carácter permanente, entre uma criança ou jovem e uma pessoa singular ou uma família que exerça os poderes e deveres próprios dos pais (*maxime*, o poder paternal) e que com ele estabeleça vínculos afectivos que permitam o seu bem-estar e desenvolvimento, relação essa constituída por homologação ou decisão judicial e sujeita a registo. O apadrinhamento civil é menos consistente, nos seus efeitos jurídicos, do que a adopção restrita. O seu processo de constituição é complexo e moroso e pode dificultar a constituição da adopção plena. Mas suplanta, como vínculo jurídico, a tutela (arts. 1921º, n.º 3, e 1961º, al. g)) e o acolhimento familiar²².

²² No acolhimento familiar não há transferência do poder paternal e as famílias de acolhimento recebem apoio monetário do Estado, o que não acontece com os padrinhos civis. Talvez por isso apenas havia até ao presente dois padrinhos civis.

(Página deixada propositadamente em branco)