

## O novo regime jurídico do divórcio e os direitos das mulheres e das crianças

Numa primeira leitura, o texto da nova lei do divórcio parece um texto satisfatório. Mas, na realidade social actual, profundamente marcada pelo estatuto de subordinação das mulheres, assenta numa ficção, e desprotege as mulheres e as crianças vítimas de violência doméstica, tornando este crime invisível no domínio do direito da família e sem sanções nos efeitos do divórcio. Não significa, esta crítica, que a lei anterior, oriunda da reforma de 1977, contivesse já toda a protecção necessária para as mulheres e para as crianças. Mas foi uma reforma feita a pensar na promoção dos seus direitos, representando uma ruptura histórica com o sistema patriarcal de família. Já esta reforma, pelo contrário, silenciou o que têm sido os problemas das mulheres e das crianças vítimas de violência, nos processos de regulação das responsabilidades parentais, silêncio que a nossa vizinha Espanha não praticou, prevendo que não será decretada a guarda conjunta quando esteja em curso um processo-crime contra um dos pais por atentar contra a vida, a integridade física e moral, a liberdade e integridade sexual do outro cônjuge ou dos filhos ou quando haja indícios fundados de violência doméstica. No mesmo sentido, o direito francês, no art. 221.º do *code civil*, prevê uma providência cautelar que permite às mulheres vítimas de violência, o direito de ficarem a residir na casa de morada de família e a condenação imediata do agressor a prestar alimentos.

A discussão em torno dos requisitos e dos efeitos do divórcio não pode ser feita, colocando à margem a violência doméstica. Pelo contrário, a violência doméstica está no centro da questão e as mulheres vítimas são as principais interessadas no regime jurídico do divórcio e das responsabilidades parentais. A formulação encontrada para integrar a violência doméstica como causa de divórcio (art. 1781.º, al. d) – um facto que, independentemente de culpa, determina uma ruptura definitiva da vida em comum – não é tecnicamente adequada. A violência doméstica constitui um facto ilícito praticado com culpa civil e penal, reflectindo um particular desvalor, devido à gravidade dos danos psicológicos provocados às vítimas. Esta ficção de que não há culpa no divórcio serve para promover a crença num divórcio limpo e sanitário, mas a mensagem que passa para as mulheres é a de que, os casamentos em que viram, durante anos, a sua integridade violada, se desfazem sem culpa de ninguém, “por incompatibilidades de feitios”. O Parlamento francês, inicialmente adepto de um modelo único de divórcio sem culpa, acabou por manter o divórcio litigioso por violação culposa dos deveres conjugais, entendendo que a falta de sanção para a violação dos deveres conjugais produziria efeitos simbólicos negativos para a sociedade. No mesmo sentido, as comissões de mulheres encarregadas de estudar a reforma do divórcio foram favoráveis à manutenção do divórcio por violação culposa dos deveres conjugais, pois, as mulheres vítimas de violência precisam, para a sua recuperação psicológica, da declaração de que o marido é o principal culpado no divórcio. E não se diga que, sendo a violência doméstica um crime público, os processos penais serão o lugar para fazer justiça. As mulheres e os terceiros conhecedores do crime nem sempre o comunicam às autoridades. Da totalidade de ocorrências registadas na PSP e na GNR, 20595, em 2006 (*Igualdade de Género, Comissão para a Cidadania e Igualdade de Género, Lisboa, 2007, p. 126*), só uma reduzida parte termina em condenações penais, por exemplo, no mesmo ano, houve 535 (*Estatísticas da Justiça, 2006*). A facilitação do divórcio pretendida com esta reforma, que permitiria um divórcio rápido às mulheres, também

não é atingida: os factos têm de ser provados, com todas as dificuldades e conflitos inerentes, e o(a) juiz(a) fará recair sobre os factos provados o seu juízo de valor discricionário sobre a questão de saber se há ou não uma ruptura definitiva da vida em comum, podendo não decretar o divórcio. Quanto às consequências patrimoniais do divórcio, as normas sobre alimentos foram pensadas para uma sociedade em que mulheres e homens ocupam posições iguais e não têm em conta que o trabalho das mulheres na família não tem transferência para o mercado do trabalho. Destacamos o art. 2016.º A, n.º 3 que nega, ao cônjuge credor, o direito de exigir a manutenção do padrão de vida de que beneficiou na constância do matrimónio, acabando, assim, com a jurisprudência que defendia que o cônjuge inocente tinha direito a manter o mesmo nível de vida. As boas intenções desta reforma com a atribuição do direito de compensação ao cônjuge que deu um contributo maior para a vida doméstica também, com toda a probabilidade, não cumprirão as expectativas criadas e serão frustradas, na prática, devido aos vários conceitos indeterminados utilizados no n.º 2 do art. 1676.º: o contributo do cônjuge tem de ser “consideravelmente superior” ao do outro, a sua renúncia à satisfação dos seus interesses deve ser “excessiva” e ter provocado “prejuízos patrimoniais importantes”. A lei, para ser eficaz, deve estar redigida através de conceitos precisos, para que não se levantem dúvidas de interpretação que só favorecem quem se recusa a pagar. As mulheres têm direito, por exigência de justiça e de igualdade, à remuneração do trabalho doméstico, quer tenham abdicado de seguir uma carreira profissional, quer tenham acumulado uma carreira com o trabalho doméstico e o cuidado dos filhos, com sacrifícios na vida pessoal, laboral e cívica, que os homens, em regra, não fazem. O legislador, lamentavelmente, também não aproveitou a oportunidade para alterar a noção de bens comuns, para efeitos de partilha, neles incluindo a chamada nova propriedade, designadamente as habilitações profissionais, o bom nome profissional e as pensões de reforma, obtidas pelos homens com o esforço das mulheres no trabalho doméstico e no cuidado dos filhos.

Relativamente ao exercício conjunto das responsabilidades parentais, tenho discordado que possa ser judicialmente imposto contra a vontade do progenitor que cuida do(a)s filho(a)s, no dia-a-dia, normalmente, a mãe. Com a nova redacção do art. 1906.º, passaremos a ter, nas famílias conflituosas, um pretexto para os homens controlarem os projectos de vida das mulheres, as suas deslocações ao estrangeiro e as decisões importantes em relação aos(às) filho(a)s, tal como sucedia antes da Reforma de 1977. A exigência legal de os pais tomarem decisões em conjunto coloca, também, em perigo, as mulheres e as crianças vítimas de violência doméstica, continuamente sujeitas à chantagem e à repetição das agressões. O facto de a lei ter uma válvula de escape que permite ao(a) juiz(a) decretar o exercício exclusivo das responsabilidades parentais, sempre que o exercício conjunto seja contrário ao interesse da criança, não é suficiente, dado o carácter altamente subjectivo do conceito. Teria sido mais correcto que a lei afirmasse, como excepções ao exercício conjunto, as famílias com história de violência doméstica e aquelas em que existe um elevado grau de conflitualidade. Também em relação à nova redacção do crime de subtracção de menores, se verifica uma grave discriminação das mulheres, que serão aquelas que, por terem a guarda dos filhos, estão sujeitas a perseguição penal por incumprimento do regime de visitas. Mais uma vez, as mulheres vítimas de violência doméstica serão as principais prejudicadas, pois as alegações de violência, maus tratos ou de abuso sexual, num contexto de divórcio sem culpa, serão vistas como uma estratégia vingativa das mulheres, como tem sucedido nos EUA. Esta norma penal constitui, também, uma violação dos direitos das crianças, reduzidas à condição de objecto de direitos do progenitor, na medida em que, mesmo que o fundamento do incumprimento resida no respeito pela vontade da criança com

mais de 12 anos, a mãe poderá ser condenada, havendo, apenas, uma atenuação especial da pena. Esta causa de atenuação da pena prevista no art. 249.º, n.º 2 do CP deve ser transformada numa causa de exclusão da ilicitude e ser dada relevância à oposição da criança, a partir dos cinco anos de idade, conforme jurisprudência constante do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos. Na interpretação desta norma, deve prevalecer a ideia que todas as decisões judiciais relativas a crianças devem ser tomadas de acordo com o seu superior interesse, e no respeito pela sua vontade e autonomia. O bem jurídico protegido pela norma penal não pode deixar de ser o interesse da criança, por força do recurso à interpretação conforme à Constituição, que remete para todos os direitos fundamentais de natureza análoga (art. 17.º), como os consagrados na Convenção dos Direitos das Crianças de 1989. No caso de não haver qualquer relação afectiva entre o progenitor que reclama a criança e esta, não haverá sequer tipicidade penal, caso contrário estar-se-ia a admitir que a lei penal tratasse as crianças, como um objecto, propriedade do pai, que reclama as visitas, como se as relações afectivas pudessem ser judicialmente exigíveis. Está ultrapassada, hoje, a visão dos pais, como titulares de direitos soberanos em relação aos filhos. O poder paternal deixa de significar posse ou domínio para se transformar num conjunto de responsabilidades. Em face de uma norma penal deste teor, é importante que a jurisprudência reaja, aplicando como causas de exclusão da ilicitude do crime, a violência doméstica contra a mulher, os maus-tratos às crianças e a negligência parental, e como causa de exclusão da culpa, a recusa de entrega motivada pelo desejo da mãe proteger a criança de um perigo, mesmo que nunca tenha havido, no passado, comportamentos violentos do pai.

Maria Clara Sottomayor

Docente da Escola de Direito do Porto da UCP

Coordenadora da Delegação Regional do Norte da APMJ