

UNIVERSIDADE DE COIMBRA
FACULDADE DE DIREITO
2º CICLO DE ESTUDOS EM DIREITO

“O divórcio sem o consentimento de um dos cônjuges”

– Reflexões sobre as alterações introduzidas pela Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro, ao regime jurídico do divórcio, em especial, o problema da concretização da cláusula geral da alínea d) do artigo 1781.º do Código Civil -

Andreia Filipa Sarabando Carvalho

Dissertação apresentada no âmbito do 2º
Ciclo de Estudos em Direito da Faculdade
de Direito da Universidade de Coimbra

Área de Especialização: Ciências Jurídico-
Civilísticas/ Menção em Direito Civil

Orientadora: Professora Doutora Rosa
Simões Cândido Martins

Coimbra
2015

A presente dissertação encontra-se redigida ao abrigo do antigo acordo ortográfico.

Índice

Agradecimentos	6
Lista de siglas e abreviaturas	7
Introdução	8
Capítulo I – O regime do divórcio litigioso vigente antes da entrada em vigor da Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro	12
1. Breve introdução	12
2. O divórcio litigioso	12
2.1. Noção e referência aos sistemas tradicionais do divórcio litigioso	12
2.2. Evolução histórica.....	16
2.3. O regime do divórcio litigioso antes da Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro	19
2.3.1. Causas	19
2.3.1.1. Divórcio fundado na violação culposa dos deveres conjugais	20
2.3.1.2. Divórcio fundado na ruptura da vida em comum	30
i) Separação de facto.....	30
ii) Alteração das faculdades mentais do outro cônjuge	35
iii) Ausência sem notícias	39
2.3.2. Processo	40
2.3.2.1. Legitimidade	40
i) Em geral	40
ii) Violação culposa dos deveres conjugais	41
iii) Ruptura da vida em comum	42
2.3.2.2. Caducidade e exclusão do direito ao divórcio	42
i) Caducidade do direito ao divórcio.....	42
ii) Exclusão do direito ao divórcio.....	43
2.3.3. A declaração do cônjuge culpado e a sua relevância na determinação dos efeitos patrimoniais do divórcio litigioso	46
2.3.3.1. A declaração do cônjuge único ou principal culpado	47
2.3.3.2. A relevância da culpa nos efeitos patrimoniais do divórcio	48
Capítulo II – A Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro, e o novo regime jurídico do divórcio. As alterações registadas em torno da figura do (antigo) divórcio litigioso ..	55

3. Os principais objectivos da Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro, de acordo com a Exposição de motivos do Projecto de Lei n.º 509/X	55
4. As principais alterações operadas pela Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro, em torno do (antigo) divórcio litigioso	59
4.1. Mudança de terminologia	59
4.2. A eliminação da culpa como fundamento do divórcio	60
4.3. A eliminação da culpa nos efeitos do divórcio	61
4.3.1. Os deveres conjugais são actualmente “normas sem sanção”?	75
4.3.2. A desprotecção do cônjuge que se encontra numa posição mais fraca na nova lei do divórcio?	76
Capítulo III – As causas do divórcio sem o consentimento de um dos cônjuges.....	83
5. A concepção subjacente à nova modalidade de divórcio sem o consentimento de um dos cônjuges	83
6. As causas objectivas consagradas no artigo 1781.º do Código Civil: análise sobre as alterações operadas pela Lei n.º 61/2008 e a sua aplicação na prática jurisprudencial	85
6.1. A separação de facto por um ano consecutivo.....	85
6.2. A alteração das faculdades mentais do outro cônjuge, que dure há mais de um ano e, pela sua gravidade comprometa a possibilidade de vida em comum	93
6.3. A ausência, sem que do ausente haja notícias, por tempo não inferior a um ano.....	95
6.4. Quaisquer outros factos que, independentemente da culpa dos cônjuges, mostrem a ruptura definitiva do casamento: a nova causa (remissão)	97
Capítulo IV – A cláusula geral da “nova” alínea d) do artigo 1781.º do Código Civil: reflexão crítica sobre as dificuldades na sua concretização e aplicação na prática jurisprudencial	98
7. A cláusula geral da alínea d) do artigo 1781.º do Código Civil: “ <i>quaisquer outros factos que, independentemente da culpa dos cônjuges, mostrem a ruptura definitiva do casamento</i> ”	98
7.1. Dificuldades na concretização e aplicação da cláusula geral da alínea d). Contributo para o seu preenchimento na doutrina e na jurisprudência.....	98
7.1.1. Na doutrina	99
7.1.2. Na jurisprudência.....	106
7.2. Algumas questões controvertidas	118

A questão da articulação da cláusula geral da alínea d) com as restantes alíneas do artigo 1781.º do CC	118
A figura do divórcio “a-pedido” terá acolhimento no ordenamento jurídico português, nomeadamente, na cláusula geral da alínea d)?	120
8. A nossa posição	123
Conclusão.....	131
Referências bibliográficas.....	133
Resenha jurisprudencial	141

Agradecimentos

Aos meus pais,
pelo apoio incondicional,
e por toda a compreensão, paciência, amor,
educação, noção de esforço,
tendo a certeza que sem eles nada seria possível.

Ao David,
pelo carinho, compreensão, paciência, amizade,
tolerância e por todo o apoio e ajuda.

À memória do meu avô,
Pelos ensinamentos que me deu ao longo da vida,
E pelo orgulho que teria de me ver terminar este projecto.

À minha avó e às minhas tias,
Por estarem sempre presentes em todos os momentos
E rezarem sempre por mim.

À minha orientadora,
Professora Doutora Rosa Martins,
Pela troca de ideias, pelas críticas construtivas,
Pela honra de aceitar orientar esta dissertação e
Por todos os ensinamentos
que partilhou, de forma generosa, ao longo da mesma.

Ao meu patrono, Sr. Dr. João Pedroso e
à Sra. Dra. Teresa Silva,
Pelo privilégio de ter iniciado ao vosso lado
a minha carreira profissional.

A todos aqueles,
colegas de escritório, de faculdade, amigos, familiares,
que contribuíram de algum modo para que tudo fosse possível.

Lista de siglas e abreviaturas

Ac. – Acórdão;

APMJ – Associação Portuguesa de Mulheres Juristas;

AR – Assembleia da República;

Art. – Artigo;

BMJ – Boletim do Ministério da Justiça;

CC - Código Civil;

CEFL – Comissão sobre Direito da Família Europeu;

Cfr. – Confrontar;

Cit. – Citação;

CRC – Código do Registo Civil;

DL - Decreto-Lei;

Ed. – Edição;

n.º - número;

p. – página;

PEFL – Princípios de Direito da Família Europeu;

RLJ – Revista de Legislação e Jurisprudência;

ROA – Revista da Ordem dos Advogados;

ss. – Seguintes;

STJ – Supremo Tribunal de Justiça;

TRC – Tribunal da Relação de Coimbra;

TRE – Tribunal da Relação de Évora;

TRG – Tribunal da Relação de Guimarães;

TRL – Tribunal da Relação de Lisboa;

TRP – Tribunal da Relação do Porto;

Introdução:

Portugal é um país em que a tradição do matrimónio “até que a morte nos separe” está a cair em desuso. As estatísticas recentes demonstram que a percentagem de divórcios em relação aos casamentos celebrados tem-se mantido nos 70 por cento.¹ São muitos os motivos que podem estar na origem de um divórcio, desde as graves violações dos deveres conjugais até ao simples facto de um cônjuge deixar de amar o outro ou de o “projecto de vida comum” dos cônjuges já não o (ou os) realizar ou satisfazer plenamente. Independentemente da razão que leve um cônjuge a decidir-se pelo divórcio, a culpa foi expurgada do divórcio, deixando de existir um “cônjuge culpado” e um “cônjuge inocente”.

Foi a Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro, que introduziu o novo regime jurídico do divórcio no nosso país e operou uma mudança de paradigma jurídico, um corte fundamental com o regime anteriormente vigente. Na realidade, este novo paradigma do divórcio aderiu a uma nova concepção de casamento, que tem na sua essência o alcance da felicidade individual de cada um dos cônjuges.

As alterações resultantes da Lei n.º 61/2008 traduziram um avanço muito significativo, e já há algum tempo desejado por parte da nossa doutrina². Contudo, poder-se-ia, a nosso ver, ter aproveitado esta reforma para ir um pouco mais além, pois continuam a subsistir algumas debilidades no regime jurídico do divórcio actualmente em vigor, que não podemos ignorar.

Um dos pontos fundamentais em que se registaram mudanças no regime jurídico do divórcio foi a figura do (antigo) divórcio litigioso, nomeadamente, a alteração da denominação³ e a eliminação da culpa, não só quanto às causas do divórcio, mas também quanto aos seus efeitos. Este passou a fundar-se apenas em causas objectivas, não culposas,

¹ Fontes do Instituto Nacional de Estatística (INE).

² Cfr., entre outros, Guilherme de Oliveira, “Transformações do Direito da Família”, in *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977. Direito da Família e das Sucessões*, volume I, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, p. 772, Patrícia Rocha, “O divórcio sem culpa”, in *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977. Direito da Família e das Sucessões*, volume I, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, pp. 583-584, Fidélia Proença de Carvalho, “O conceito de culpa no divórcio – crime e castigo”, in *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977. Direito da Família e das Sucessões*, volume I, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, p. 604, e Jorge Duarte Pinheiro, *O ensino do direito da família contemporâneo*, Lisboa, 2007, pp. 84-85.

³ A expressão “divórcio litigioso” foi substituída pela designação “divórcio sem o consentimento de um dos cônjuges”. Contudo, o Código Civil não foi cabalmente adaptado a esta alteração, pois actualmente continua a figurar como título da subsecção III a expressão “divórcio litigioso”.

enumeradas no artigo 1781.º do Código Civil (CC), na sua redacção actual, destacando-se a nova causa de divórcio prevista na alínea d) (“*quaisquer outros factos que, independentemente da culpa dos cônjuges, mostrem a ruptura definitiva do casamento*”). É precisamente a concretização desta cláusula geral que constitui o objecto principal da presente dissertação.

Volvida mais de meia década desde a entrada em vigor da Nova Lei do Divórcio, pareceu-nos oportuno fazer uma apreciação, por vezes crítica, sobre as alterações por ela introduzidas, principalmente no campo do divórcio litigioso, bem como da sua aplicação na prática jurisprudencial, considerando, em especial, o problema da concretização da cláusula geral da alínea d) do artigo 1781.º do CC.

No Capítulo I deste trabalho, começaremos por analisar o divórcio litigioso no regime do divórcio anterior à entrada em vigor da Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro. Importa referir que estavam consagradas (tal como hoje) duas modalidades de divórcio no regime português precedente: o divórcio por mútuo consentimento e o divórcio litigioso. Porém, o nosso estudo cingir-se-á apenas a esta última modalidade, designadamente, faremos referência à sua evolução histórica, procurando, sobretudo, traçar o quadro geral do regime do divórcio litigioso pré-Lei n.º 61/2008, para adiante, confrontando com o regime actualmente vigente, conseguirmos perceber melhor aquilo que se alterou.

O Capítulo II da nossa dissertação versará sobre a Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro, e o novo regime jurídico do divórcio. Começaremos por destacar quais os principais objectivos do Projecto de Lei n.º 509/X, o qual esteve na génese da Lei n.º 61/2008. De seguida, analisaremos as mudanças registadas em torno do antigo divórcio litigioso, por serem aquelas que realmente nos interessam esmiuçar, evidenciando a eliminação da culpa quanto às causas e aos efeitos do divórcio. Note-se que, sendo as causas do divórcio o núcleo essencial da presente dissertação, deixaremos o seu estudo individualizado para os capítulos seguintes. Neste capítulo, após analisarmos os principais efeitos patrimoniais do divórcio sem consentimento do outro cônjuge ao abrigo da nova lei, procuraremos reflectir sobre a seguinte questão controvertida: a eliminação da culpa nos efeitos patrimoniais do divórcio operada pela Lei n.º 61/2008 traduziu-se numa desprotecção do cônjuge que fica numa posição mais frágil em caso de divórcio, geralmente a mulher? Por outro lado, será ainda alvo da nossa reflexão a questão de saber se os deveres conjugais são actualmente “normas sem sanção”.

No Capítulo III da presente tese, debruçar-nos-emos, em particular, sobre a análise dos fundamentos objectivos de divórcio sem o consentimento de um dos cônjuges legalmente previstos, designadamente, “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”, “a ausência, sem que do ausente haja notícias, por tempo não inferior a um ano” e “quaisquer outros factos que, independentemente da culpa dos cônjuges, mostrem a ruptura definitiva do casamento” (artigo 1781.º do CC, na sua redacção actual).

Por fim, reservámos o último Capítulo da nossa dissertação ao estudo mais completo de uma das causas de divórcio sem consentimento de um dos cônjuges: a cláusula geral da alínea d) do artigo 1781.º do CC. Este fundamento de divórcio é complexo e suscita controvérsia, na medida em que a doutrina e a jurisprudência não são completamente pacíficas quanto à delimitação das situações que demonstram a “ruptura definitiva do casamento”. Pelo que, pode o decretamento do divórcio ficar, na nossa opinião, demasiado dependente do arbítrio do juiz. Afinal que factos comprovam a “ruptura definitiva do casamento”? Serão os que se traduzem na violação dos deveres conjugais por um dos cônjuges? Será uma situação de violência doméstica do marido contra a mulher ou vice-versa? Será o facto de um cônjuge deixar de amar o outro? Será uma situação de separação de facto dos cônjuges por um período de tempo não apurado? Por outro lado, questão discutida é também a de saber se, para o decretamento do divórcio, bastará a um dos cônjuges invocar apenas a sua vontade em se divorciar, ou antes se se exigirá a alegação e a prova dos factos objectivos que exprimam essa situação de ruptura definitiva da vida em comum dos cônjuges. Procuraremos com este trabalho dar uma resposta adequada a estas e a outras questões.

Assim, propomo-nos tentar clarificar a mencionada causa de divórcio da alínea d), bem como sugerir a interpretação da mesma que consideramos mais justa e consentânea com a realidade social e familiar portuguesa. Merecerá particular reflexão, neste contexto, o fenómeno da violência doméstica (sobretudo contra as mulheres), no sentido de deslindarmos se tal situação deveria ou não ser enquadrada nesta cláusula geral. Infelizmente não está nas mãos nem do legislador nem do juiz mudar este flagelo social da violência doméstica, mas isso não significa que se deva fechar os olhos e seguir à letra o velho ditado “*entre marido e mulher ninguém mete a colher*”. Por isso, o nosso Direito da

Família tem o dever de se preocupar em não deixar sem protecção estas mulheres e, muitas vezes, indirectamente os seus filhos menores, ambos “inocentes”, “vítimas”, seguindo, assim, os passos do Direito Penal.

Capítulo I – O regime do divórcio litigioso vigente antes da entrada em vigor da Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro

1. Breve introdução:

Neste capítulo da nossa dissertação, iremos proceder à análise do regime do divórcio litigioso anterior à entrada em vigor da Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro, o que nos irá permitir posteriormente, no confronto com as modificações operadas por essa Lei em torno da figura do divórcio litigioso, compreender melhor o alcance dessas mesmas alterações, sobretudo – na parte que aqui mais nos interessa – no tocante às causas que fundamentam o respectivo pedido. Tais causas, como veremos, têm vindo a sofrer inúmeras alterações ao longo da evolução histórica do divórcio litigioso. Alterações essas que foram ainda mais expressivas com a Lei n.º 61/2008, que veio mudar substancialmente a filosofia do instituto do divórcio litigioso, eliminando a apreciação da culpa no decretamento do divórcio.

2. O divórcio litigioso

2.1. Noção e referência aos sistemas tradicionais do divórcio litigioso:

O divórcio litigioso é aquele que é pedido por um dos cônjuges contra o outro, com fundamento numa determinada causa. Esta modalidade de divórcio consistiu sempre, ao longo da sua evolução legislativa, num processo judicial, ou seja, o divórcio litigioso só pode ser requerido no tribunal e decretado pelo juiz.

Na doutrina, o instituto do divórcio litigioso costuma ser analisado de acordo com três sistemas tradicionais distintos: o divórcio-sanção, o divórcio-remédio e o divórcio-constatação da ruptura do casamento.⁴

⁴ Para uma análise mais completa sobre os sistemas ou concepções tradicionais do divórcio litigioso, *vide*, entre outros, Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira, *Curso de Direito da Família. Introdução. Direito Matrimonial*, volume I, 4.ª edição, Coimbra Editora, 2008, pp. 616 e ss., Fidélia Proença de Carvalho, *O conceito...*, cit., pp. 586 e ss. e *A filosofia da ruptura conjugal. Notas para um divórcio sem culpa*, Lisboa, 2002, pp. 94 e ss., Eva Dias Costa, *Da relevância da culpa nos efeitos patrimoniais do divórcio*, Almedina, 2005, pp. 31 e ss., Eduardo dos Santos, *Do divórcio, suas causas, processo e efeitos*, 2.ª edição, ELCLA, Almeida & Leitão, Lda., 1998, pp. 51 e ss., e mais recentemente Jorge Duarte Pinheiro, *O Direito da Família Contemporâneo – Lições*, reimpressão, 3.ª edição, AAFDL, Lisboa, 2011, pp. 691 e ss.

Neste ponto da nossa dissertação, procuraremos demonstrar o que se entende por cada uma das referidas concepções tradicionais do divórcio litigioso.

O sistema do divórcio-sanção “pressupõe um acto ou procedimento culposo de algum dos cônjuges e quer ser a sanção contra esse acto ou procedimento”.⁵ O mesmo é dizer, o divórcio é concebido como uma “sanção”, uma “pena”, um “castigo” para o cônjuge que violou culposamente algum ou alguns dos deveres conjugais. Assim, permite-se ao cônjuge inocente sancionar o cônjuge culpado com o divórcio, *maxime*, com as pesadas sanções de carácter patrimonial impostas pela lei para o cônjuge culpado, como efeitos desse mesmo divórcio. Por conseguinte, o divórcio só pode ser requerido pelo cônjuge inocente, e nunca pelo cônjuge culpado.^{6,7}

Por sua vez, no sistema do divórcio-remédio, o divórcio é considerado na mesma um mal, mas necessário “como remédio para uma situação de crise em que a vida matrimonial se tornou intolerável”⁸. Ou seja, o divórcio é encarado como uma terapêutica jurídica adequada às situações anómalas nas quais o casamento deixa de poder funcionar, sem haver lugar a averiguação de culpas.⁹ De facto, na concepção do divórcio-remédio não se pretende castigar um cônjuge culpado, que pode nem existir, mas apenas libertar de uma situação de vida conjugal insustentável um cônjuge “inocente” (isto é, o cônjuge que não deu causa à situação de crise do casamento). No fundo, o que o legislador quis foi proteger esse “cônjuge inocente”, atribuindo-lhe apenas a ele legitimidade para pedir o divórcio, com fundamento num comportamento ou facto relativo à pessoa do outro cônjuge (por exemplo, demência e ausência sem notícias, etc.).¹⁰

⁵ Cfr. Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira, *Curso...*, cit., p. 616.

⁶ Neste sentido, cfr. Eduardo dos Santos, *Do divórcio...*, cit., p. 52, e Antunes Varela, *Direito da Família*, 1.º volume, 5.ª edição, rev. e act., Livraria Petrony, Lda., Editores, 1999, p. 485, concluindo este último autor que “era a ideia expressamente chamada do divórcio-sanção, que se reflectia não só na legitimidade para a propositura da acção (que só poderia ser instaurada pelo cônjuge inocente), mas também nas consequências (geralmente de carácter patrimonial) que a decretação do divórcio acarretava para o cônjuge culpado”.

⁷ Este sistema do divórcio-sanção foi merecedor de críticas por parte de vários autores. Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira, *Curso...*, cit., p. 616, defendiam que “em primeiro lugar não se percebia que a lei, se se tratasse só de castigar o culpado, recorresse à sanção do divórcio. Sendo um divórcio um mal, um mal em si mesmo, para que havia a lei de escolher esta sanção quando podia dispor de tantas outras? Por outro lado, o cônjuge culpado pode ser precisamente o que mais deseja o divórcio. A lei que ao facultar o divórcio quisesse castigar o culpado correria assim o risco de errar o seu alvo, dando ao culpado um prémio em vez de um castigo. Claro que o divórcio pode ser contrário aos interesses do cônjuge culpado e constituir uma sanção para ele – trata-se porém, necessariamente, de um efeito secundário, lateral e só eventual”. No mesmo sentido, cfr. Fidélia Proença de Carvalho, *O conceito...*, cit., p. 587 e *A filosofia...*, cit., p. 100.

⁸ Cfr. Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira, *Curso...*, cit., p. 617.

⁹ Cfr. Antunes Varela, *Direito da Família...*, cit., p. 486.

¹⁰ Cfr. Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira, *Curso...*, cit., p. 617.

Distinto e mais recente é o sistema do divórcio-constatação da ruptura do casamento. Segundo Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira, “não se trata agora só, nem principalmente, do comportamento ou da condição pessoal do outro cônjuge, mas de uma situação que pode ser devida a qualquer dos cônjuges e até em maior medida ao cônjuge autor”.¹¹ Com efeito, pressupõe a existência de uma situação de ruptura do casamento, objectivamente considerada, independentemente da imputabilidade da situação a um ou a outro dos cônjuges e de qualquer indagação de culpas, que o divórcio se limita pura e simplesmente a constatar.¹² Tal sistema tem subjacente a concepção do casamento como um instituto destinado a ser instrumento individual da felicidade dos cônjuges, pelo que, se um dos cônjuges entende que essa felicidade, pelo menos da sua parte, já não pode ser alcançada, tem legitimidade para se divorciar.¹³ Assim, o divórcio pode ser requerido por qualquer um dos cônjuges, mesmo por aquele que tenha contribuído em maior grau ou até em exclusivo para a situação de falência do casamento.

A opção pelos sistemas do divórcio-sanção, do divórcio-remédio ou do divórcio-constatação da ruptura do casamento foi variando ao longo dos tempos, como poderemos notar adiante pela análise da evolução histórica do divórcio litigioso, e depende da concepção que a sociedade vai tendo sobre o próprio casamento.

Face ao exposto, entendemos que, no regime vigente antes da Lei n.º 61/2008, estava consagrado no direito português um sistema misto¹⁴, combinando todas as concepções tradicionais do divórcio litigioso. Com efeito, no artigo 1779º, n.º 1 do CC, na

¹¹ Cfr. Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira, *Curso...*, cit., p. 617.

¹² Cfr. Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira, *Curso...*, cit., p. 617.

¹³ Cfr. Diogo Leite de Campos, *Lições de Direito da Família e das Sucessões*, 2.ª edição, revista e actualizada, Almedina, 2005, p. 271.

¹⁴ No mesmo sentido, cfr. Almeno de Sá, “A revisão do Código Civil e a Constituição”, *Revista de Direito e Economia*, ano III, 1977, pp. 478 e ss., J. França Pitão, *Legislação anotada sobre o divórcio*, Atlântida Editora, Coimbra, 1981, p. 34, João Queiroga Chaves, *Casamento, divórcio e união de facto, Estudo de Direito da Família (De acordo com a Lei n.º 61/2008)*, Quid Juris, Sociedade Editora, 2009, p. 198, José João Gonçalves de Proença, *Direito da Família*, 4.ª edição, Universidade Lusíada Editora, 2008, p. 268, Jorge Duarte Pinheiro, *O Direito da Família...*, cit., p. 692, e Antunes Varela, *Direito da família...*, cit., p. 489, se bem interpretamos o teor do seu texto, também este último autor defende que tínhamos um sistema misto (“(...) a Reforma de 77 aceitou abertamente, quer a tese do divórcio-remédio (arts. 1781.º, c) e 1784.º), quer a orientação do divórcio-fracasso ou divórcio-falência (ou divórcio-consumação), nos termos das alíneas a) e b) do artigo 1781.º. Não houve, porém, instituição de um sistema em lugar do outro; houve a implantação de dois novos sistemas, ao lado do regime antigo, substancialmente remodelado. Ficou-se, deste modo, com um sistema híbrido, heterogéneo, a que poderíamos chamar, usando a terminologia de alguns autores, de divórcio à lista ou à carta.”). Em sentido contrário, cfr. Leite de Campos, *Lições de direito da família e das sucessões*, Almedina, 2010, pp. 289 e ss., defendendo que o divórcio-sanção era a concepção de divórcio predominante no regime português anterior, e que sujeita a fortes críticas; ainda no sentido de que o sistema do divórcio-sanção era o sistema acolhido de um “modo prioritário e geral” no nosso direito anterior, cfr. João de Castro Mendes, *Direito da Família*, AAFDL, 1990/1991, p. 187.

sua redacção anterior, consagrava-se o conceito tradicional de divórcio-sanção, ainda que de forma mitigada, pois exigia-se, para além da violação culposa dos deveres conjugais como causa para o pedido de divórcio, que a referida violação, pela sua gravidade ou reiteração, tivesse comprometido irremediavelmente a possibilidade da vida em comum dos cônjuges, aceitando-se aqui, de algum modo, a concepção do divórcio-constatação da ruptura do casamento.¹⁵ Por seu turno, as causas de divórcio previstas na redacção anterior do artigo 1781.º, alíneas c) (“alteração das faculdades mentais do outro cônjuge, quando dure [durasse] há mais de três anos e, pela sua gravidade, comprometa [compromettesse] a possibilidade de vida em comum”) e d) (“ausência, sem que do ausente haja [houvesse] notícias, por tempo não inferior a dois anos”) eram causas de divórcio-remédio, pois, apesar de não se averiguar a culpa (tratando-se de causas objectivas), a acção só podia ser intentada pelo cônjuge que invocava a alteração das faculdades mentais ou a ausência do outro (ou seja, o cônjuge “inocente”)¹⁶ ¹⁷. Porém, no caso do divórcio com fundamento na ausência, o juiz devia declarar a culpa dos cônjuges na sentença de divórcio, quando a houvesse (artigo 1783.º do CC, na sua redacção anterior), relevando aqui a culpa apenas para determinar a aplicação das desvantagens patrimoniais, existindo ainda um “resquício” do divórcio-sanção. Já na acção de divórcio fundamentada na alteração das faculdades mentais do outro cônjuge, não obstante o silêncio do legislador, alguns autores defendiam que a declaração de culpa também, neste caso, podia ter, excepcionalmente, lugar,¹⁸

¹⁵ Cfr., neste sentido, Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira, *Curso...*, cit., p. 618, Almeno de Sá, *A revisão...*, cit., p. 478, França Pitão, *Legislação...*, cit., p. 34, Fidélia Proença de Carvalho, *O conceito...*, cit., p. 591, e *A filosofia...*, cit., p. 113, Eduardo dos Santos, *Do divórcio...*, cit., p. 116, e Abel Delgado, *O divórcio*, 2.ª edição, Livraria Petrony, Lda., 1994, p. 21.

¹⁶ Entendimento também defendido por Almeno de Sá, *A revisão...*, cit., pp. 478 e ss., e França Pitão, *Legislação...*, cit., p. 35.

¹⁷ Cfr. o artigo 1785.º, n.º 2 do CC, na redacção anterior. Note-se, porém, que o mencionado preceito não foi adaptado à alteração do artigo 1781.º, operada pela Lei n.º 47/98, pelo que teremos de fazer uma interpretação correctiva do artigo 1785.º do CC, devendo referir-se o seu n.º 2, 2.ª parte, às alíneas c) e d) do artigo 1781.º do CC.

¹⁸ Neste sentido, defende Duarte Pinheiro, referindo-se à causa de divórcio prevista na alínea c) do artigo 1781.º do CC, na sua redacção anterior: “(...) contudo, não é de afastar totalmente a possibilidade de se apurar a culpa dos cônjuges nesta situação particular de divórcio baseado em causas objectivas”. E continua o autor, na esteira e citando Miguel Teixeira de Sousa, *O regime jurídico do divórcio*, Livraria Almedina, Coimbra, pp. 90-91: “não é impossível que o próprio cônjuge afectado tenha originado a sua patologia mental ou que a alteração das faculdades mentais tenha resultado de comportamentos anti-sociais do outro cônjuge. Se assim suceder, não parece que a falta de uma específica previsão legal semelhante aos artigos 1782.º, n.º 2, e 1783.º [na redacção anterior] deva obstar à apreciação dessa culpa quando o fundamento do divórcio é a alteração das faculdades mentais do cônjuge demandado. Os artigos 1782.º, n.º 2, e 1783.º [na sua redacção anterior] concretizam a estipulação genérica contida no artigo 1787.º [na sua redacção anterior], pelo que, tal como, perante a eventual inexistência daqueles preceitos, a apreciação da culpa dos cônjuges num divórcio com fundamento em separação de facto ou em ausência seria abrangida pelo artigo 1787.º [na sua redacção anterior], também a inexistência de um preceito específico relativo à valoração da culpa dos cônjuges quando

embora a maioria da doutrina entendesse que não havia lugar a declaração de culpa na acção de divórcio com tal fundamento¹⁹. Por fim, eram causas de divórcio-constatação da ruptura do vínculo conjugal, as previstas nas alíneas a) e b) do artigo 1781.º do CC, na sua redacção anterior (“separação de facto por três anos consecutivos” e “separação de facto por um ano se o divórcio for [fosse] requerido por um dos cônjuges sem oposição do outro”), embora tal sistema não estivesse aqui consagrado na sua pureza, pois mesmo na acção de divórcio com fundamento na separação de facto, o juiz devia declarar a culpa dos cônjuges, quando a houvesse (artigo 1782.º, n.º 2 do CC, na sua redacção anterior), com relevância para os efeitos patrimoniais do divórcio, mantendo-se, de certa forma, ainda presente a ideia de divórcio-sanção.

Este era o quadro sintético das causas do divórcio litigioso legalmente previstas no nosso ordenamento jurídico antes da Lei n.º 61/2008, o qual esta Lei alterou profundamente, como analisaremos cuidadosamente adiante.

2.2. Evolução histórica:

O divórcio litigioso só foi introduzido no nosso ordenamento jurídico com o Decreto-Lei de 3 de Novembro de 1910²⁰, vulgarmente conhecido por Lei do Divórcio²¹. Note-se que, a Lei do Divórcio se revelou muito progressista para aquela época, uma vez que admitia tanto o divórcio por mútuo consentimento como o divórcio litigioso, e este último podia ser decretado quer por causas subjectivas, quer por causas objectivas. Ou seja, na Lei do Divórcio de 1910²², o divórcio litigioso fundava-se quer em causas subjectivas, assentes na verificação de um comportamento culposo, como o adultério, as sevícias ou as

o divórcio é fundamentado na alteração das faculdades mentais do cônjuge demandado é suprida por essa mesma estipulação genérica enunciada pelo artigo 1787.º [na sua redacção anterior]”. Cfr. Jorge Duarte Pinheiro, *O núcleo intangível da comunhão conjugal, Os deveres conjugais sexuais*, Coleção teses, Almedina, Coimbra, 2004, pp. 638 e ss.

¹⁹ Cfr., entre outros, Pereira Coelho, “Divórcio e separação judicial de pessoas e bens na reforma do Código Civil”, in *Reforma do Código Civil*, Ordem dos Advogados, Lisboa, 1981, p. 41, Abel Delgado, *O divórcio...*, cit., p. 118, e Eva Dias Costa, *Da relevância...*, cit., p. 100, nota 30, e p. 103.

²⁰ Publicado no *Diário do Governo*, número 26, de 4 de Novembro de 1910, pp. 282 e ss.

²¹ Designação que utilizaremos daqui em diante.

²² As causas de divórcio litigioso estavam consagradas no artigo 4.º, números 1.º a 10.º da Lei do Divórcio. Porém, alguns autores entendiam que, não obstante o artigo 4.º utilizar a expressão “taxativamente”, o Decreto admitia ainda outras duas causas de divórcio litigioso: a separação judicial de pessoas e bens, se, decorridos cinco anos, os cônjuges não se reconciliassem (artigo 46.º) e a absolvição de um dos cônjuges na acção criminal de adultério instaurada pelo outro (artigo 61.º, § 6.º). Cfr. Eduardo dos Santos, *Do divórcio...*, cit., p. 61.

injúrias graves²³, o abandono completo do domicílio conjugal por tempo não inferior a três anos, etc., quer em causas objectivas, não culposas, como a separação de facto dos cônjuges, livremente consentida, por dez anos consecutivos, a ausência sem notícias por tempo não inferior a quatro anos, a loucura incurável quando decorridos, pelo menos, três anos sobre a sua verificação por sentença transitada em julgado, etc.

O divórcio litigioso baseado em factos culposos podia ser pedido a todo o tempo, isto é, sem que tivesse decorrido um período de duração do casamento ou qualquer separação entre os cônjuges; desde que ficasse provado o fundamento invocado, o tribunal decretava o divórcio definitivo. Exigia-se que a petição inicial de divórcio contivesse a opinião do autor sobre o destino dos filhos menores e dos alimentos que lhe eram devidos, cabendo ao juiz determinar o regime das consequências do divórcio – relativamente aos filhos e a qualquer outro assunto.²⁴ Por sua vez, o divórcio litigioso fundado em causas objectivas seguia o mesmo regime, com excepção de que, invocando-se, por exemplo, a separação de facto por dez anos consecutivos ou a ausência sem notícias por quatro anos, a própria verificação das causas exigia uma certa duração do casamento, embora não se exigisse uma idade mínima dos cônjuges.²⁵

Posteriormente, o Código Civil de 1966 eliminou, no que respeita aos casamentos civis²⁶, todas as causas objectivas de divórcio litigioso, sendo o mesmo apenas admissível com fundamento em causas subjectivas, culposas, enumeradas na lei (artigos 1792.º e 1778.º). Porém, tais causas referidas no artigo 1778.º do CC só podiam ser fundamento de divórcio quando comprometessem a possibilidade de vida em comum, devendo ainda o tribunal, na apreciação da relevância dos factos invocados, tomar em conta a condição social dos cônjuges, o seu grau de educação e sensibilidade moral e quaisquer outras circunstâncias atendíveis, nos termos do artigo 1779.º CC, aplicável por remissão do artigo 1795.º CC. Portanto, estava consagrado o sistema de divórcio-sanção, mas não na sua pureza, pois os factos enumerados no artigo 1778.º CC só justificavam o pedido de

²³ A este respeito, *vide* o importante estudo de Manuel de Andrade sobre a causa de divórcio litigioso prevista no artigo 4.º, n.º 4.º da Lei do Divórcio de 1910, ou seja, “as injúrias graves”, intitulado “Algumas questões em matéria de ‘injúrias graves’ como fundamento de divórcio”, *RLJ*, ano 88, 1955-1956, pp. 293 e ss.

²⁴ Cfr. artigos 6.º e § único do mesmo artigo, 7.º, 8.º, n.º 7, e 9.º da Lei do Divórcio. Sobre esta matéria, *vide* Guilherme de Oliveira, “O regime do divórcio em Portugal. A propósito do novo projecto espanhol – um caso de “paralelismo espontâneo”?”, *Lex Familiae, Revista Portuguesa de Direito da Família*, ano 2, n.º 4, Coimbra Editora, 2005, pp. 7 e ss.

²⁵ Cfr. Guilherme de Oliveira, *O regime do divórcio...*, cit., p. 8.

²⁶ Importa referir que, o CC de 1966, na sua versão originária, adoptou a solução da Concordata de 1940, proibindo a dissolução por divórcio dos casamentos católicos celebrados desde 1 de Agosto de 1940.

divórcio quando comprometessem a possibilidade de vida em comum dos cônjuges.²⁷ Ora, a possibilidade de vida em comum ficaria comprometida se excedesse o limite razoável do sacrifício - doutrina do limite do sacrifício.

Com o Decreto-Lei n.º 261/75, de 27 de Maio, admitiram-se novamente causas objectivas de divórcio litigioso, ainda que de forma mitigada, mediante a reintrodução da separação de facto como causa de divórcio, ainda que tal separação tivesse de ser “*livremente consentida*” por um período de 5 anos consecutivos (alínea h))²⁸. Tal expressão acabaria por ser eliminada com o Decreto-Lei n.º 561/76, de 17 de Julho, que se limitou a prever a mera situação de separação de facto (resolvendo as divergências doutrinárias e jurisprudenciais em torno da interpretação dessa causa), mas, em contrapartida, aumentou o prazo de separação de facto de cinco para seis anos. Além desta causa, o referido diploma de 1975 aditou um novo fundamento de divórcio litigioso ao elenco do artigo 1778.º CC: “o decaimento em acção de divórcio ou separação na qual tenham sido feitas imputações ofensivas da honra e dignidade do outro cônjuge” (al. g)).

Finalmente, com a Reforma de 1977, o divórcio litigioso voltou a fundamentar-se quer em causas subjectivas (a enumeração das causas do divórcio litigioso prevista na legislação anterior foi substituída pela cláusula geral do artigo 1779.º, n.º 1 do CC²⁹), quer em causas objectivas, não culposas (artigo 1781.º CC³⁰). Outra novidade da Reforma foi o previsto no artigo 1784.º do CC, que ordenava o indeferimento do pedido de divórcio litigioso com fundamento em alteração das faculdades mentais do outro cônjuge quando fosse de presumir que o divórcio agravaria consideravelmente o estado mental do réu.

Destaca-se, ainda, com a Lei n.º 47/98, de 10 de Agosto, a grande diminuição nos prazos necessários para adquirir legitimidade para intentar a acção de divórcio litigioso

²⁷ Neste sentido, cfr. Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira, *Curso...*, cit., p. 616, nota de rodapé n.º 49. Em sentido contrário, cfr. Eva Dias Costa, *Da relevância...*, cit., p. 88, defendendo que o Código Civil de 1966 veio consagrar, quanto ao divórcio litigioso, “um sistema sancionatório puro”.

²⁸ Sobre a divergência doutrinal em torno da interpretação da expressão “*livremente consentida*”, no domínio da Lei do Divórcio de 1910 e, mais tarde, do DL n.º 261/75, de 27 de Maio, cfr. Pereira Coelho, *Divórcio...*, cit., p. 38, e Eduardo dos Santos, *Do divórcio...*, cit., pp. 84 e ss.

²⁹ Artigo 1779.º, n.º 1 CC, na redacção do DL n.º 496/77, de 25 de Novembro (“Qualquer dos cônjuges pode requerer o divórcio se o outro violar culposamente os deveres conjugais, quando a violação, pela sua gravidade ou reiteração, comprometa a possibilidade da vida em comum.”).

³⁰ Artigo 1781.º, na redacção do DL n.º 496/77, de 25 de Novembro (“São ainda fundamentos do divórcio litigioso: a) A separação de facto por seis anos consecutivos; b) A ausência, sem que do ausente haja notícias, por tempo não inferior a quatro anos; c) A alteração das faculdades mentais do outro cônjuge, quando dure há mais de seis anos e, pela sua gravidade, comprometa a possibilidade de vida em comum.”). Note-se que, a separação de facto como causa do divórcio havia já sido reintroduzida pelo DL n.º 261/75, de 27 de Maio, e depois com a Reforma de 1977 recuperaram-se, como causas objectivas de divórcio litigioso, a ausência sem notícias e a alteração das faculdades mentais do outro cônjuge.

com fundamento nas causas objectivas do artigo 1781.º; e foi aditada uma nova causa objectiva de divórcio litigioso a esse elenco: a separação de facto por um ano se o divórcio fosse requerido por um dos cônjuges sem oposição do outro. Finalmente, o mencionado artigo 1784.º do CC foi eliminado.

Ora, é facilmente perceptível que o regime jurídico do divórcio litigioso, desde a sua consagração legal em 1910, foi objecto de diversas alterações legislativas, que não nos cabem aqui aprofundar. Interessa-nos, seguidamente, traçar o panorama geral do regime do divórcio litigioso pré-Lei n.º 61/2008, para depois, no seu confronto com o regime actual, percebermos melhor o alcance das modificações introduzidas, sobretudo no tocante às causas do (antigo) divórcio litigioso, por ser esse o cerne do nosso estudo.

É de notar que, sobretudo depois da Reforma de 1977, ao nível do divórcio litigioso, também se notou uma tendência para a “desdramatização” do divórcio³¹, designadamente, com a reintrodução de causas objectivas de divórcio e com a redução dos prazos para intentar a acção de divórcio fundada nessas causas. As alterações ao regime jurídico do divórcio operadas pela Lei n.º 61/2008, como veremos, encaixam-se “com perfeição nesta linha de actuação (e de pensamento) mas, ao mesmo tempo, abandona-a e vai muito mais longe, uma vez que ela altera a própria concepção de divórcio”.³²

2.3. O regime do divórcio litigioso antes da Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro

2.3.1. Causas:

Do que foi dito anteriormente resulta que, no regime anterior, o pedido de divórcio litigioso tanto podia ter como fundamento a cláusula geral do artigo 1779.º, n.º 1 do CC, traduzida na violação culposa dos deveres conjugais, como as causas objectivas enumeradas nas várias alíneas do artigo 1781.º do CC.

³¹ Hörster sustenta que “em resultado da Reforma do Código Civil, de 1977 (...) o regime do divórcio ficou essencialmente definido nos artigos 1773.º a 1793.º os quais, porém, nos anos subsequentes, foram repetidas vezes alterados, e sempre no sentido de facilitar, desdramatizar – e, porque não dizê-lo, de banalizar – o divórcio”, mencionando que “os passos decisivos foram: (...) (3.º), já menos relevante, o atenuar contínuo das exigências quanto às causas da ruptura da vida em comum a partir da pré-mencionada Lei n.º 47/98” (cfr. Hörster, “A responsabilidade civil entre os cônjuges”, in Maria Clara Sottomayor e Maria Teresa Féria de Almeida, *E foram felizes para sempre...? Uma análise crítica do novo regime jurídico do divórcio*, Coimbra Editora, 2010, p. 92).

³² Cfr. Hörster, *A responsabilidade civil...*, cit., p. 92.

2.3.1.1. Divórcio fundado na violação culposa dos deveres conjugais:

O artigo 1779.º, n.º 1 do CC, na sua redacção anterior, dispunha que “qualquer dos cônjuges pode [podia] requerer o divórcio se o outro violar [violasse] culposamente os deveres conjugais, quando a violação, pela sua gravidade ou reiteração, comprometa [comprometesse] a possibilidade da vida em comum”.

Vimos já que, no regime jurídico do divórcio anterior ao actualmente vigente, não estava consagrada no CC uma enumeração das causas subjectivas do divórcio litigioso, como ocorria na Lei do Divórcio de 1910 e, mais tarde, no Código Civil de 1966, anteriormente à Reforma de 1977. Foi precisamente com esta Reforma que o legislador português optou pela previsão de uma cláusula geral no artigo 1779.º, n.º 1 do CC³³, com a redacção acima transcrita, a qual se manteve até à Lei n.º 61/2008.

Antes de mais, importa conhecer quais são os deveres conjugais³⁴, para que possamos depois analisar quando é que a violação de algum ou alguns deles constituía causa para o decretamento do divórcio litigioso, nos termos do artigo 1779.º, n.º 1 do CC, na sua redacção anterior.

Dispõe o artigo 1672.º do CC que os deveres (pessoais) dos cônjuges são os seguintes: o respeito, a fidelidade, a coabitação, a cooperação e a assistência. Permita-se-nos um parêntesis para uma breve exposição sobre cada um dos deveres conjugais.

Seguindo a ordem prevista no artigo 1672.º do CC, começemos pelo dever de respeito. Apesar de não termos uma noção deste dever no nosso Código Civil, a doutrina e a jurisprudência têm vindo a integrá-lo. A doutrina maioritária sustenta que, respeitar o outro cônjuge é não lesar a sua integridade física ou moral, os seus direitos individuais, conjugais e familiares.³⁵ Acolhendo aqui o entendimento sufragado pelo Tribunal da

³³ Neste sentido, cfr. Pereira Coelho, “Casamento e divórcio no ensino de Manuel de Andrade e na legislação actual”, in *Boletim da Faculdade de Direito*, volume LXXVII, Coimbra, 2001, cit., p. 19, França Pitão, *Legislação...*, cit., p. 34, Jorge Duarte Pinheiro, *O ensino...*, cit., p. 43, e Carlos Matias, “Da culpa e da inexigibilidade de vida em comum no divórcio”, *Temas de Direito da Família*, Livraria Almedina, Coimbra, 1986, p. 69. Referindo-se antes à utilização de uma causa genérica ou indeterminada, que consistia na violação culposa de algum dos deveres conjugais, vide Antunes Varela, *Direito da família...*, cit., pp. 489 e 490, e Eva Dias Costa, *Da relevância...*, cit., p. 97.

³⁴ Para mais e melhor desenvolvimento sobre os deveres conjugais, cfr., entre outros, Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira, *Curso...*, cit., pp. 346 e ss., Jorge Duarte Pinheiro, *O núcleo...*, cit., pp. 65 e ss., e Teixeira de Sousa, *O regime...*, cit., pp. 38 e ss.

³⁵ Cfr., entre outros, Hélder Martins Leitão, *Da acção de divórcio e da separação judicial de pessoas e bens*, 7.ª edição, rev. e act., Almeida & Leitão, Lda., Porto, 2004, p. 38, Abel Delgado, *O divórcio...*, cit., pp. 58 e ss., Antunes Varela, *Direito da Família...*, cit., pp. 359 e ss., Tomé de Almeida Ramião, *O divórcio e questões conexas. Regime jurídico actual*, Quid Juris, Sociedade Editora, 2009, p. 21.

Relação de Coimbra, no seu acórdão de 3-11-2009³⁶, “tal dever de respeito é susceptível das mais variadas formas de violação. Desde rudes e brutais ofensas à integridade física (ofensas corporais, maus tratos físicos) até à “subtileza” de outras atitudes (como, por exemplo, a falta de prestação de alimentos que deliberadamente vise e efectivamente provoque uma ofensa na integridade física do cônjuge); desde as ameaças até às ofensas à integridade moral do cônjuge (actos ou palavras que tendem a ofender a honra pessoal ou conjugal, a sua reputação e imagem social); desde comportamentos de vivo e injustificado repúdio até atitudes de completo desprezo ou desinteresse manifesto e público pelo cônjuge; desde condutas que ofendam as liberdades de expressão e informação até actos que cerceiem a manifestação das liberdades de consciência, religião ou culto, de criação cultural, de aprender e ensinar, de escolha de profissão, etc.”. O dever de respeito apresenta, pois, um amplo conteúdo.

O dever de respeito (à semelhança do dever de coabitação) surgiu pela primeira vez no Código Civil com a Reforma de 1977, o que se justificou pelo facto de tais deveres assumirem um especial significado entre os cônjuges.³⁷ Na verdade, o casamento é mais do que um simples contrato com fins de cariz meramente patrimonial, com ele pretende-se uma plena comunhão de vida, como resulta da própria noção de casamento do artigo 1577.º do CC, consistindo o dever conjugal de respeito precisamente em não atacar essa plena comunhão de vida³⁸.

Trata-se, ainda, de um dever residual³⁹ no âmbito dos deveres conjugais, na medida em que só constituem violações do dever de respeito os comportamentos que não constituam violações autónomas de qualquer outro dever elencado no artigo 1672.º do CC.

Finalmente, a doutrina tem vindo a caracterizar este dever conjugal como um dever simultaneamente negativo e positivo: como negativo, não ofender a integridade física ou moral do outro cônjuge, e, em segundo lugar, não se conduzir na vida de forma indigna, desonrosa e que o faça desmerecer no conceito público, uma vez que a dignidade, a honra e a reputação de um dos cônjuges, repercutem-se e expressam a dignidade, a honra e a reputação do outro (está aqui subjacente a ideia de que o casal é uma “unidade

³⁶ Processo n.º 844/07.2TBCNT.C1, relator Carlos Moreira, disponível em www.dgsi.pt.

³⁷ Cfr. Maria Leonor Pizarro Beleza, “Os efeitos do casamento”, *Reforma do Código Civil*, OA, Lisboa, 1981, p. 112.

³⁸ Cfr. Eduardo dos Santos, *Direito da Família*, Almedina, Coimbra, 1999, p. 288.

³⁹ Entendimento seguido por Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira, *Curso...*, cit., p. 349, Eduardo dos Santos, *Direito da Família*, Almedina, Coimbra, 1999, p. 288 e *Do divórcio...*, cit., pp. 143 e ss.

moral”)⁴⁰; como positivo, não se traduzindo no dever de cada um dos cônjuges amar o outro (que a lei não pode impor), mas antes na exigência de um mínimo de respeito no tratamento relativamente ao outro cônjuge, pelo que, se um dos cônjuges não fala ao outro, não mostra o mínimo interesse pelo outro cônjuge ou pela família que fundaram, se dirige ao outro de forma desprezível, viola o dever de respeito.⁴¹

Encontramos na jurisprudência dos nossos tribunais variados exemplos de violações do dever conjugal de respeito, que poderiam constituir causa de divórcio litigioso (se preenchidos os restantes requisitos a que adiante aludiremos), destacando-se aqui os acórdãos do STJ, de 11 de Março de 1992⁴² e de 16 de Maio de 2002⁴³.

Passando agora para o dever de fidelidade, que a lei também não define, há posições divergentes na nossa doutrina quanto ao conteúdo deste dever conjugal. Parte da doutrina defende que o dever de fidelidade apresenta uma dupla vertente: fidelidade física e fidelidade moral (ou seja, a mera ligação sentimental e platónica).⁴⁴ Porém, outros autores defendem que o dever de fidelidade se restringe à proibição do adultério e, portanto, que o dever de fidelidade moral não se reconduz ao dever de fidelidade mas sim ao dever de respeito.⁴⁵ Na nossa opinião, merece acolhimento aquela primeira posição, pois faz todo o sentido a dupla vertente do dever de fidelidade (física e moral), atendendo,

⁴⁰ Cfr. Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira, *Curso...*, cit., pp. 349 e ss.; no mesmo sentido, Antunes Varela, *Direito da Família...*, cit., pp. 362 e ss.

⁴¹ Alguns destes exemplos foram retirados do referido manual de Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira (*Curso...*, cit., p. 350).

⁴² Processo n.º 081485, relator José Magalhães, disponível em www.dgsi.pt. No referido acórdão, o STJ considerou que a conduta do réu, ao chamar “puta” e “vaca” à autora e ao agredi-la fisicamente, causando-lhe ferimentos na cabeça e na cara, a ofendeu na sua integridade moral e na sua integridade física, violando o dever de respeito a que se encontrava para com ela obrigado. Entendeu, ainda, o STJ que tais violações foram culposas, graves e comprometeram a possibilidade da vida em comum dos cônjuges, sendo causa para o decretamento do divórcio.

⁴³ Processo n.º 02B1290, relator Araújo de Barros, disponível em www.dgsi.pt. Neste acórdão o STJ entendeu que, os factos praticados pelo réu, designadamente, as injúrias, a destruição de objectos do casal, a ofensa da integridade moral do cônjuge mulher pela limitação da sua auto-determinação e livre expressão de pensamento e da manifestação da liberdade de religião, constituíram violações culposas do dever conjugal de respeito a que estava obrigado para com a autora, sendo tais violações graves ou reiteradas, comprometeram a possibilidade da vida em comum, sendo fundamento do decretamento do divórcio.

⁴⁴ Assim, Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira, *Curso...*, cit., pp. 350 e ss., Eduardo dos Santos, *Direito da Família...*, cit., pp. 285 e ss., Antunes Varela, *Direito da Família...*, cit., p. 343, e Teixeira de Sousa, *O regime...*, cit., p. 41; na jurisprudência, vide o acórdão do STJ, de 10 de Outubro de 2006, processo n.º 06A2736, relator Afonso Correia, disponível em www.dgsi.pt (o dever de fidelidade “não é apenas violado quando se comete adultério, mas também quando existe infidelidade moral, ou seja, quando um dos cônjuges, pelo seu comportamento sentimental com outra pessoa, seja de outro sexo ou não, atente contra os padrões de educação, sensibilidade e decência do seu cônjuge”).

⁴⁵ Entendimento sufragado por Jorge Duarte Pinheiro, *O Direito da Família...*, cit., pp. 498 e ss. (em especial, p. 500), e Rodrigues Bastos, *Notas ao Código Civil*, volume VI, Lisboa, 1998, p. 213.

sobretudo, à essência do casamento que tende para uma plena comunhão de vida, física e espiritual, dos cônjuges.

Além disso, note-se que o adultério pode resultar de relações sexuais consumadas com pessoa que não seja o seu cônjuge, ou até mesmo de uma simples tentativa de adultério. Supõe ainda um elemento subjectivo: a intenção ou, pelo menos, a consciência de violar o dever conjugal de fidelidade, e só reunindo esses dois elementos poderia ser causa de divórcio litigioso.^{46 47}

O próximo dever conjugal previsto no artigo 1672.º do CC é o dever de coabitação, que pressupõe a comunhão de leito, mesa e habitação. É o “*duos in carne una*”, que envolve os dois cônjuges comerem à mesma mesa, partilharem a mesma cama e habitarem sob o mesmo tecto.⁴⁸ A comunhão de leito tem na sua base a ideia de que o casamento obriga os cônjuges ao chamado “débito conjugal”. É ponto assente que o casamento cria uma limitação lícita do direito à liberdade sexual, no duplo sentido de que a pessoa casada fica obrigada a ter relações sexuais com o seu cônjuge e a não ter essas relações com terceiros. Assim, por exemplo, se um cônjuge se recusar, sistemática e injustificadamente, a manter relações sexuais com o outro, constitui violação do dever de coabitação, e como tal, poderia ser causa de divórcio, excepto se fosse devido a motivos de doença, impotência, etc. A comunhão de mesa pressupõe os cônjuges partilharem as refeições, e uma comunhão de vida económica. Quanto à comunhão de habitação, refere o artigo 1673.º, n.º 1 do CC que “os cônjuges devem escolher de comum acordo a residência da família atendendo, nomeadamente, às exigências da sua vida profissional e aos interesses dos filhos e procurando salvaguardar a unidade da vida familiar”. Em regra, o dever de coabitação cumpre-se na casa de morada de família que seja adoptada, salvo por “motivos ponderosos em contrário”, sendo os casos mais comuns por motivos profissionais ou de saúde. É de notar, porém, que a lei não esclarece quais sejam esses motivos, ficando colocado ao arbítrio do juiz decidir, perante cada caso concreto, se as razões que levam um dos cônjuges a afastar-se da residência familiar se traduzem ou não em “motivos ponderosos”, para o efeito do artigo 1673.º, n.º 2 do CC.⁴⁹

⁴⁶ Assim, Abel Delgado, *O divórcio...*, cit., pp. 68 e ss., Rodrigues Bastos, *Notas ao Código Civil...*, cit., p. 213.

⁴⁷ Sobre o dever de fidelidade, *vide*, ainda, o acórdão do STJ, de 10 de Dezembro de 1996, *CJ (STJ)*, ano IV, tomo III, 1996, pp. 131 e ss.

⁴⁸ Cfr., entre outros, Hélder Martins Leitão, *Da acção...*, cit., p. 44.

⁴⁹ Sobre o dever conjugal de coabitação, destacamos algumas interessantes decisões dos nossos tribunais:

Avancemos agora para o dever de cooperação, o qual também só foi autonomizado com a Reforma de 1977, passando a ser referido expressamente no elenco do artigo 1672.º do CC, e estando o seu regime estabelecido no artigo 1674.º do CC: “o dever de cooperação importa para os cônjuges a obrigação de socorro e auxílio mútuos e a de assumirem em conjunto as responsabilidades inerentes à vida da família que fundaram”. Assim, os cônjuges devem ajudar-se um ao outro na vida quotidiana, bem como amparar-se e auxiliar-se na doença e na adversidade, abrangendo o dever de amparo e entreaajuda nos problemas do dia-a-dia da sociedade familiar, nomeadamente, na educação dos filhos, na defesa da saúde, nas necessidades de ordem espiritual, moral e afectiva.⁵⁰ Por outro lado, a obrigação de assumirem em conjunto as responsabilidades inerentes à vida familiar implica a cooperação no sustento, guarda e educação dos filhos⁵¹, bem como o apoio a outros familiares que dele careçam e que estejam a cargo desse cônjuge⁵².

-
- a) No acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 10 de Maio de 2007, processo n.º 3413/2007-6, relator Olindo Geraldês, disponível em www.dgsi.pt, decidiu-se que, a saída da casa de morada de família por parte do cônjuge autor, voluntária e sem qualquer explicação, para passar a residir noutro local, é injustificada, constituindo violação culposa do dever de coabitação. Além de culposa, a violação reiterada desse dever, há pelo menos 3 anos, é grave, comprometendo irremediavelmente a possibilidade de vida em comum dos cônjuges e, como tal, fundamento para o decretamento do divórcio.
 - b) No acórdão do STJ, de 12 de Fevereiro de 2008, processo n.º 07A4317, relator Garcia Calejo, disponível em www.dgsi.pt, entendeu-se que, é duvidoso que o simples facto de um cônjuge deixar de pernoitar na casa de morada de família (desconhecendo-se as razões), deslocando-se, porém, aí durante o dia, possa constituir violação do dever de coabitação a que se encontra obrigado. Decidiu, ainda, o STJ que, mesmo que se considerasse tal conduta do cônjuge autor como objectivamente violadora do dever de coabitação, a ré (reconvinte) tinha de provar a culpa do autor na violação desse dever, o que não fez, alegando e provando, por exemplo, que havia sido contra a sua vontade, com grande amargura sua e sem que para tal tivesse contribuído, que o autor havia voluntariamente deixado a casa do casal, isto é, que o autor havia deixado o lar conjugal sem qualquer razão ou motivo; não se provando a culpa do autor, a eventual violação do dever de coabitação, não pode fundamentar o divórcio.
 - c) Acórdão do STJ, de 30-11-2010, Revista n.º 806/08.2TBFIG.C1.S1 - 6.ª Secção, relator Fonseca Ramos, cujo sumário é consultável em <http://www.stj.pt/ficheiros/jurisp-sumarios/civel/sumarios-civel-2010.pdf>, pp. 1030 e ss. Entendeu o STJ que, tendo o abandono do lar conjugal por parte do cônjuge mulher sido determinado pela conduta violadora dos deveres conjugais pelo seu marido, “tem de considerar-se que o abandono é justificado e que o cônjuge que cessa a coabitação não actua com culpa, por não ser, em face do quadro circunstancial em que fundou a sua decisão, razoável exigir que permanecesse no lar conjugal”. Concluiu o STJ que “não é qualquer abandono que viola o dever de coabitação imposto aos cônjuges, tem de se tratar de um abandono que implique uma ruptura definitiva do compromisso de vida em comum, evidenciando a intenção de pôr termo à vida em comum no lar conjugal” (sublinhado nosso)

⁵⁰ Cfr. Abel Delgado, *O divórcio...*, cit., p. 76.

⁵¹ Cfr. Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira, *Curso...*, cit., p. 355, nota 28, Pires de Lima e Antunes Varela, *Código Civil anotado*, volume IV, 2.ª ed., rev. e act., Coimbra Editora, Limitada, 1992, p. 264, Teixeira de Sousa, *O regime...*, cit., p. 42.

⁵² Cfr. Pires de Lima e Antunes Varela, *Código Civil anotado*, vol. IV..., cit., p. 264. Em sentido contrário, Eduardo dos Santos, *Do divórcio...*, cit., p. 141 (“Efectivamente, parece-nos que esta obrigação se refere à prole. Pensamos que o seu objecto é a criação, educação e instrução dos filhos.”).

O último dever conjugal previsto no elenco do art. 1672.º é o dever de assistência. Distinguem-se aqui duas obrigações: a obrigação de prestação de alimentos e a obrigação de contribuir para os encargos da vida familiar (artigo 1675.º, n.º 1, do CC). Note-se que, os alimentos a que se refere o artigo 1675.º do CC são os devidos ao cônjuge (artigo 2015.º do CC), durante a separação de facto. Entende a doutrina tradicional⁵³ que, enquanto os cônjuges vivem juntos, a obrigação de prestação de alimentos está integrada nos encargos da vida familiar, só adquirindo autonomia quando os cônjuges estão separados, de direito ou de facto. No caso de separação de facto, não faz sentido falar na obrigação de contribuir para os encargos da vida familiar, pois a mesma deixou de existir, surgindo a obrigação de prestar alimentos. O regime da obrigação de alimentos no caso de separação de facto está previsto no artigo 1675.º do CC. Segundo o n.º 2 deste artigo, se a separação de facto não for imputável a nenhum dos cônjuges ou for imputável igualmente a ambos, o dever recíproco de prestar alimentos mantém-se; pese embora o segundo caso não esteja expressamente previsto na lei, a doutrina entendia que era essa a conclusão a retirar da análise do n.º 3 desse artigo, bem como por analogia com o regime relativo ao dever de alimentos entre ex-cônjuges em caso de divórcio e separação judicial de pessoas e bens (artigo 2016.º, n.º 1, alínea c), parte final, e n.º 4, na sua redacção anterior). Por sua vez, caso a separação de facto seja imputável a um dos cônjuges ou mais a ele do que ao outro, só a esse cônjuge único ou principal culpado na separação de facto, em princípio, incumbiria a obrigação de prestar alimentos, salvo decisão em contrário do tribunal, por motivos de equidade, nos termos do artigo 1675.º, n.º 3 do CC.⁵⁴

É de sublinhar que, com a Lei n.º 61/2008, a redacção do artigo 1675.º, n.º 3 do CC manteve-se inalterada, pelo que actualmente o Código Civil prevê um regime diferente no que se refere à determinação dos alimentos, após o divórcio (artigo 2016.º CC, na sua redacção actual) e durante a separação de facto (artigo 1675.º, n.º 3 CC). Ou seja, com a Reforma de 2008, manteve-se a relevância da culpa na determinação dos alimentos entre cônjuges durante a separação de facto, ao invés do regime agora previsto para a obrigação

⁵³ Cfr. Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira, *Curso...*, cit., pp. 355 e ss., Teixeira de Sousa, *O regime...*, cit., p. 42.

⁵⁴ Cfr. Maria Leonor Pizarro Beleza, *Os efeitos do casamento...*, cit., p. 116, e Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira, *Curso...*, cit., p. 356.

de alimentos entre ex-cônjuges, em que a culpa passou a ser irrelevante para a sua concessão.⁵⁵

Questão controvertida era a de saber se o cônjuge credor de alimentos apenas tem direito ao necessário para o seu “sustento, habitação e vestuário” (artigo 2003.º, n.º 1 do CC) ou se tem direito, na medida das possibilidades do devedor, a manter o mesmo padrão de vida de que beneficiava antes da separação. A doutrina e a jurisprudência maioritárias⁵⁶ inclinavam-se para esta segunda posição, defendendo que, no caso de separação de facto dos cônjuges, os deveres conjugais mantêm-se, e que, a remissão do artigo 2015.º para o artigo 1675.º, ambos do CC, significava que nesse caso a obrigação de alimentos tinha um regime próprio, diferente do previsto nos artigos 2016.º e seguintes (na sua redacção anterior) para o caso de divórcio.

A obrigação de contribuir para os encargos da vida familiar abrange, além dos cônjuges, também os filhos e os parentes ou afins a cargo dos cônjuges. Consiste em cada um dos cônjuges ter de participar nas despesas do lar, de acordo com as suas possibilidades, podendo ser cumprida pela afectação dos seus recursos (como rendimentos e proventos) àqueles encargos e/ou⁵⁷ pelo trabalho despendido no lar ou na manutenção e educação dos filhos – artigo 1676.º, n.º 1 do CC.^{58 59}

⁵⁵ Note-se que, como sublinha Jorge Duarte Pinheiro (*O Direito da Família...*, cit., p. 509), o artigo 1675.º, n.º 3, constitui um “corpo estranho” num sistema que aboliu a culpa como pressuposto do divórcio, com a Lei n.º 61/2008; não impondo a nova lei que se averigue da culpa na ruptura da vida em comum para determinar a dissolução do casamento ou para a concessão de alimentos entre ex-cônjuges, o juiz é forçado a formular tal juízo na constância do casamento, no quadro da obrigação alimentar. Tomé de Almeida Ramião (*O divórcio...*, cit., pp. 25 e ss.) sustenta que “(...) a questão da culpa na violação dos deveres conjugais, excluída por esta reforma [lei n.º 61/2008] dos pressupostos do divórcio, continua a ser discutida e a ter relevância para efeitos de imputação de responsabilidade na separação. Trata-se de realidades jurídicas distintas. Uma coisa são os alimentos a fixar depois de decretado o divórcio, outra são os alimentos a fixar quando os cônjuges estão separados de facto, em que inexistente vida em comum, mas mantém-se o casamento. Aliás, neste caso, o critério da culpa na separação de facto continua a ter relevância para esse efeito, podendo excluir o direito a alimentos, o que não sucede quanto ao divórcio (2016.º/2 CC), pelo menos enquanto fundamento integrante do direito ao divórcio, já que poderá ser decretado independentemente de culpa.”

⁵⁶ Cfr., entre outros, Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira, *Curso...*, cit., pp. 356 e ss., Pires de Lima e Antunes Varela, *Código Civil anotado...*, cit., pp. 265 e ss., Antunes Varela, *Direito da Família...*, cit., p. 354, Abel Delgado, *O divórcio...*, cit., pp. 77 e ss., e França Pitão, *Legislação...*, cit., p. 41; e na jurisprudência, o acórdão do STJ, de 8 de Fevereiro de 2000, *CJ (STJ)*, ano 8, 2000, Tomo I, pp. 74-75.

⁵⁷ Como explicam Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira (*Curso...*, cit., p. 357), “cada um dos cônjuges pode pois cumprir a obrigação de contribuir para os encargos da vida familiar de uma das formas referidas no artigo 1676.º, n.º 1, da outra ou de ambas”.

⁵⁸ Sobre a obrigação de contribuir para os encargos da vida familiar, vide Antunes Varela, *Direito da Família...*, cit., pp. 357 e ss.

⁵⁹ Na jurisprudência, vide, o acórdão do STJ, de 25 de Março de 2010, revista n.º 546/07.0TMFAR.E1.S1 – 1.ª Secção, relator Alves Velho, cujo sumário se pode consultar em <http://www.stj.pt/ficheiros/jurisp-sumarios/civel/sumarios-civel-2010.pdf>, p. 264, no qual se considerou que constitui violação do dever de assistência e da obrigação de contribuir para os encargos da vida familiar, o cônjuge mulher que, com o seu

Nos termos do artigo 1671.º, n.º 2 do CC, pertence aos cônjuges, na sua orientação da vida em comum, designadamente, acordarem sobre a repartição das funções que cada um desempenhará, podendo resultar de tal acordo (geralmente tácito) que a mulher (em regra) se dedique ao trabalho doméstico e ao cuidado dos filhos. O artigo 1676.º, n.º 1 do CC valoriza este trabalho doméstico realizado por um dos cônjuges tal como o trabalho profissional. Porém, pode suceder que a contribuição de um dos cônjuges para os encargos da vida familiar exceda manifestamente a parte que lhe pertencia, nos termos do artigo 1676.º, n.º 1 do CC. O exemplo típico é o da mulher que cumula o trabalho doméstico e o cuidado dos filhos com uma profissão remunerada fora do lar conjugal. Nesta hipótese, segundo o n.º 2 do artigo 1676.º do CC, na sua redacção anterior, presumia-se que esse cônjuge havia renunciado ao direito de exigir ao outro a devida compensação - presunção de renúncia ilidível (admitindo prova em contrário).

Posto isto, estamos agora em condições de examinar quais eram os requisitos cumulativos para que a violação de algum dos mencionados deveres conjugais pudesse fundamentar o pedido de divórcio litigioso, nos termos do artigo 1779.º do CC, na sua redacção anterior.

Antes de mais, só podiam ser fundamento de divórcio litigioso os factos violadores de deveres conjugais e, como tal, posteriores à celebração do casamento.

A violação dos deveres conjugais só podia ser fundamento de divórcio litigioso se fosse culposa. Ora, a actuação do cônjuge infractor seria culposa quando se assumisse “como reprovável, como ético-juridicamente censurável, perante as circunstâncias concretas em que agiu, posto que o tenha [tivesse] feito com a necessária capacidade de entender e de querer (imputabilidade)”.⁶⁰ A culpa tanto podia assumir a forma de dolo,

comportamento, não se empenhou minimamente nas actividades que diziam directamente respeito à comunidade familiar constituída com o casamento, deixando tudo a cargo do marido (por exemplo, não cuidava dos filhos e do lar, deixando essas tarefas a cargo do marido); e, ainda, o acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 6 de Julho de 2005, processo n.º 6867/2005-8, relator Salazar Casanova, disponível em www.dgsi.pt, no qual se entendeu que violou o dever de assistência (além do dever de coabitação) o cônjuge autor que, nos meses antes do seu abandono da casa de morada de família e também alguns dias depois da data do abandono, levantou dinheiro, para proveito pessoal, de uma conta bancária conjunta, deixando de contribuir para os encargos da vida familiar que passaram a ser suportados integralmente pelo cônjuge mulher abandonada, assim se impondo à mulher e filhas um sacrifício acrescido; tais factos, geradores de situações que se prolongaram no tempo, são graves e reiterados, e comprometeram a possibilidade da vida em comum.

⁶⁰ Cfr. Carlos Matias, *Da culpa...*, cit., p. 76, e, no mesmo sentido, Antunes Varela, *Direito da família...*, cit., p. 491, nota de rodapé n.º 2, Teixeira de Sousa, *O regime...*, cit., p. 51, Abel Delgado, *O divórcio...*, cit., p. 81.

directo ou eventual, como de simples negligência, consciente ou inconsciente, relevando tal distinção depois na apreciação da “gravidade” da violação.⁶¹

Questão controvertida era a de saber a quem cabia o ónus da prova da culpa nesta matéria. A doutrina e a jurisprudência divergiam⁶², prevalecendo o entendimento segundo o qual, no âmbito e para os efeitos do artigo 1779º CC, na sua redacção anterior, era ao cônjuge autor que pertencia o ónus da prova da culpa do cônjuge infractor de deveres conjugais.⁶³

Para além de culposa, a violação dos deveres conjugais só constituía causa para o decretamento do divórcio, se fosse grave ou reiterada.

A violação dos deveres conjugais era grave, se atingisse “tão seriamente as bases morais da sociedade conjugal que tivesse deixado de ser exigível ao ofendido a continuação do matrimónio”.⁶⁴

Com a referência da lei à reiteração pretendeu-se, sobretudo, sublinhar que a gravidade da violação dos deveres conjugais poderia derivar precisamente da sua constante repetição, isto é, a falta, se praticada uma única vez, poderia não ser grave, mas ter-se tornado grave pela sua repetição continuada.

⁶¹ Neste sentido, cfr. Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira, *Curso...*, cit., pp. 625 e 628, Teixeira de Sousa, *O regime...*, cit., pp. 51 e ss. (em especial, p. 57) e, na jurisprudência, *vide* o acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 8 de Maio de 2006, processo n.º 0650580, relator Jorge Vilaça, disponível em www.dgsi.pt, e o já citado acórdão do STJ, de 16 de Maio de 2002. Em sentido contrário, entendendo que a mera negligência não era suficiente para o decretamento do divórcio, cfr. Abel Delgado, *O divórcio...*, cit., p. 82, França Pitão, *Legislação...*, cit., p. 46 (entendem ser suficiente o dolo eventual), Eduardo dos Santos, *Do divórcio...*, cit., p. 121 (“Parece que deve relevar toda a culpa consciente. Mas seria uma violência que a culpa inconsciente fundasse o divórcio.”).

⁶² Parte da doutrina e da jurisprudência entendia que, o critério legal de repartição do ónus da prova do artigo 342.º CC impunha a conclusão de que era ao cônjuge autor que competia alegar e provar a culpa do réu nas acções de divórcio com fundamento no artigo 1779.º CC. (cfr., entre outros, Pereira Coelho, “Culpa na violação dos deveres conjugais”, anotação ao acórdão do STJ de 17 de Fevereiro de 1983, *RLJ*, ano 117.º, 1984/1985, n.º 3719, p. 64 e n.º 3720, pp. 91 e ss., Carlos Matias, *Da culpa...*, cit., pp. 76 e ss., Antunes Varela, *Direito da Família...*, cit., pp. 495 e ss., Abel Delgado, *O divórcio...*, cit., pp. 83 e ss.; na jurisprudência, cfr., entre outros, o acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 29 de Março de 1993, processo n.º 0064032, relator Santos Bernardino, disponível em www.dgsi.pt). Em sentido contrário, defendendo a aplicação da regra do regime geral dos contratos (art. 799.º CC), presumindo-se a culpa do réu, cfr. o acórdão do STJ de 17 de Fevereiro de 1983, publicado no *BMJ*, n.º 324, pp. 584 e ss. e na *RLJ*, ano 117.º, pp. 61 e ss.

⁶³ Relativamente ao dever de coabitação, o Assento n.º 5/94 do STJ, de 26 de Janeiro de 1994 (publicado no *DR I-A* de 24-3-1994) estabeleceu que “no âmbito e para efeitos do n.º 1 do artigo 1779.º do Código Civil, o autor tem o ónus de prova da culpa do cônjuge infractor do dever conjugal de coabitação”. A jurisprudência assim uniformizada foi considerada aplicável à violação de qualquer outro dever conjugal - cfr., entre outros, o acórdão do STJ, de 10-10-2006, processo n.º 06A2736, relator Afonso Correia, e de 9 de Setembro de 2010, processo n.º 5525/06.1TBLRA.C1.S1, 2.ª secção, relator Álvaro Rodrigues, ambos disponíveis em www.dgsi.pt.

⁶⁴ Cfr. Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira, *Curso...*, cit., p. 632.

Tal gravidade ou reiteração tinham de ser apreciadas em função de todas as circunstâncias do caso concreto - e na perspetivação da globalidade da actuação dos cônjuges - nomeadamente⁶⁵, a culpa que pudesse ser imputada ao requerente e o grau de educação e sensibilidade moral dos cônjuges (cfr. o n.º 2 do artigo 1779.º do CC).

Finalmente exigia-se ainda que, a violação dos deveres conjugais, pela sua gravidade ou reiteração, tivesse comprometido a possibilidade da vida em comum. Ora, esta ficava comprometida quando não era exigível ao cônjuge ofendido a continuação do casamento. A impossibilidade de vida em comum aferia-se segundo a “doutrina do limite do sacrifício”, de acordo com a qual a continuação da vida em comum não deve ser para o cônjuge ofendido um sacrifício exorbitante e, por isso, inexigível.^{66 67}

Relativamente ao requisito do comprometimento da possibilidade da vida em comum, havia divergência na doutrina e na jurisprudência. Uma orientação entendia que, face à formulação do anterior artigo 1779.º, n.º 1 do CC, se exigia um nexo de causalidade entre a violação dos deveres conjugais e o comprometimento da possibilidade da vida em comum, no sentido de que este deveria ser consequência daquela.⁶⁸ Assim, para os defensores deste entendimento, não poderia comprometer a possibilidade de vida em comum um facto posterior à ruptura da vida matrimonial, “embora causa virtual ou hipotética dessa ruptura”. Outros autores, como é o caso do Professor Pereira Coelho, defendiam, a nosso ver com razão, que “o «comprometimento da possibilidade da vida em comum» não é um facto (...), mas um juízo ou conclusão a extrair dos factos constantes da especificação e das respostas ao questionário; verdadeiramente, a referência ao «comprometimento da possibilidade de vida em comum», no contexto do artigo 1779.º do

⁶⁵ A expressão “nomeadamente”, utilizada pela própria lei, evidenciava não ser exaustiva a previsão das circunstâncias a atender. Veja-se vários exemplos de outras circunstâncias atendidas na jurisprudência e na doutrina, em Abel Delgado, *O divórcio...*, cit., pp. 90 e ss., e Eduardo dos Santos, *Do divórcio...*, cit., pp. 150 e ss.

⁶⁶ Cfr. Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira, *Curso...*, cit., p. 632. No mesmo sentido, escreveram Pires de Lima e Antunes Varela, *Código Civil anotado*, vol. IV..., cit., p. 531, que “a possibilidade de vida em comum dos cônjuges está comprometida, para o efeito do disposto no n.º 1 do artigo 1779.º, quando o cônjuge requerente, por causa dos factos invocados, a não quer continuar e não é provável que mude de atitude, e não seja razoavelmente exigível que um e outro a continue”. E ainda defendendo a mesma orientação, cfr. Carlos Matias, *Da culpa...*, cit., pp. 84 e ss., Antunes Varela, *Direito da família...*, cit., pp. 493 e ss., Abel Delgado, *O divórcio...*, cit., pp. 93 e ss., e Teixeira de Sousa, *O regime...*, cit., pp. 45 e ss.

⁶⁷ Quanto à aplicação da mencionada “doutrina do limite do sacrifício” no domínio do divórcio litigioso, pela jurisprudência, veja-se o acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 3 de Novembro de 2009, processo n.º 844/07.2TBCNT.C1, relator Carlos Moreira, e o acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 23 de Fevereiro de 2006, processo n.º 660/2006-6, relator Granja da Fonseca, ambos disponíveis em www.dgsi.pt.

⁶⁸ Neste sentido, cfr. Ferreira Pinto, *Causas do divórcio*, 3.ª edição, revista e actualizada, Almeida & Leitão, LCLA Editora, pp. 107 e ss., Eduardo dos Santos, *Do divórcio...*, cit., p. 156.

Código Civil, não pretende ser mais que uma definição ou especificação da «gravidade» da violação dos deveres conjugais invocada, e o decretamento ou não decretamento do divórcio, na ideia da lei, (...) deve resultar (...) da aplicação do critério prático enunciado na parte final do preceito: a violação dos deveres conjugais será «grave» e, como tal, causa do divórcio quando, em face das circunstâncias do caso, comprometa a possibilidade de vida em comum”.⁶⁹ Segundo esta orientação, nos casos em que a possibilidade da vida em comum dos cônjuges se achava já comprometida em consequência de certa violação dos deveres conjugais, uma nova violação dos mesmos deveres, não podendo ser, obviamente, causa da ruptura inicial do casamento, poderia, no entanto, considerar-se como causa do alargamento ou aprofundamento do estado de ruptura inicial, logo, como concausa da ruptura.⁷⁰

2.3.1.2. Divórcio fundado na ruptura da vida em comum:

A par da cláusula geral subjectiva consagrada no artigo 1779.º do CC, na sua redacção anterior, eram, ainda, causas de divórcio litigioso, as causas objectivas enumeradas na redacção anterior do artigo 1781.º do CC. Iremos, de seguida, analisar separadamente cada uma destas causas de divórcio litigioso.

i) Separação de facto:

Analisámos já a evolução legislativa da separação de facto como causa do divórcio litigioso. Importa agora concentrar-nos nela no âmbito do regime vigente antes da entrada em vigor da Lei n.º 61/2008.

⁶⁹ Assim, Pereira Coelho, “Anotação ao acórdão do STJ de 19 de Janeiro de 1982”, *RLJ*, ano 116.º, 1983-1984, pp. 210 e ss. (em especial, p. 214); no mesmo sentido, Carlos Matias, *Da culpa...*, cit., pp. 83 e ss., e Antunes Varela, *Direito da família...*, cit., pp. 493 e ss.

⁷⁰ Cfr. Pereira Coelho, Anotação ao acórdão do STJ de 19 de Janeiro de 1982..., cit., p. 215; no mesmo sentido, cfr. Carlos Matias, *Da culpa...*, cit., p. 85, Antunes Varela, *Direito da Família...*, cit., p. 495, e na jurisprudência, entre outros, o acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 24 de Fevereiro de 2003, processo n.º 0252605, relator Marques Pereira, disponível em www.dgsi.pt, no qual se decidiu que a violação do dever conjugal de fidelidade por parte da autora, que cometeu adultério, embora posterior à violação do mesmo dever conjugal pelo réu (que havia passado a viver em união de facto com outra mulher), no circunstancialismo do caso e pela sua gravidade, comprometeu a possibilidade de vida em comum, constituindo fundamento de divórcio, ou seja, esta nova violação do dever conjugal alargou ou aprofundou o estado de ruptura já existente, pelo que tem também de ser considerada como concausa do divórcio.

É de realçar, em primeiro lugar, que, no regime anterior, a lei previa dois prazos diferentes para a separação de facto como causa de divórcio: três anos consecutivos (alínea a) do artigo 1781.º do CC) ou um ano (consecutivo) se o divórcio fosse requerido por um dos cônjuges sem oposição do outro (al. b) do mencionado preceito). Ora, a diferença fundamental entre estas duas modalidades da separação de facto traduzia-se precisamente na exigência da não oposição do outro cônjuge, e não no prazo de duração da separação.

Comecemos por atentar na causa de divórcio prevista na alínea a) do artigo 1781.º do CC, na sua redacção anterior.

A própria lei definia – e define - a separação de facto no artigo 1782.º, n.º 1 do CC: “*entende-se que há separação de facto, para os efeitos da alínea a) do artigo anterior, quando não existe comunhão de vida entre os cônjuges e há da parte de ambos, ou de um deles, o propósito de não a restabelecer*”.

Assim, constitui entendimento pacífico na doutrina e na jurisprudência que a separação de facto como causa do divórcio pressupunha – e pressupõe - dois elementos: um elemento objectivo, traduzido na divisão do habitat, na não existência entre os cônjuges da comunhão de leito, mesa e habitação, e um elemento subjectivo, que consiste numa disposição interior, ou no propósito, da parte de um dos cônjuges ou de ambos, de não restabelecer a comunhão de vida matrimonial.⁷¹

Porém, é preciso ter em devida conta que, apesar de os cônjuges viverem em casas separadas (como, aliás, o artigo 1673.º, n.º 2, o permite), poderá haver comunhão de vida, e vice-versa, ou seja, apesar de viverem na mesma casa e comerem à mesma mesa, pode não existir qualquer comunhão de vida entre eles. Na primeira hipótese, pensamos, por exemplo, nos casos de internamento hospitalar de um dos cônjuges por doença, de prisão de um dos cônjuges, de um dos cônjuges ir trabalhar para o estrangeiro, e o outro cônjuge continuar a prestar-lhe toda a assistência e cooperação possíveis dentro dessas circunstâncias (nestes casos, faltarão o elemento subjectivo da separação de facto). Na segunda hipótese, enquadra-se, por exemplo, a situação de os cônjuges apesar de viverem sob o mesmo tecto e comerem à mesma mesa (por exemplo, para não magoar os filhos, por questões de cariz económico, etc.), não se falarem e terem vidas completamente separadas,

⁷¹ Cfr., entre outros, Pereira Coelho, *Divórcio...*, cit., pp. 36 e ss., Pereira Coelho, “Anotação ao acórdão do STJ, de 14 de Março de 1979”, *RLJ*, ano 112, 1979, p. 345, Pires de Lima e Antunes Varela, *Código Civil Anotado*, vol. IV..., cit., p. 541, Teixeira de Sousa, *O regime...*, cit., pp. 83 e ss., Eduardo dos Santos, *Do divórcio...*, cit., p. 160, Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira, *Curso...*, cit., pp. 638 e ss., Antunes Varela, *Direito da Família...*, cit., pp. 500 e ss., Hélder Martins Leitão, *Da acção...*, cit., p. 53.

comportando-se nas suas relações (especialmente, no que toca ao seu relacionamento sexual) como dois estranhos.⁷²

Para o decretamento do divórcio com fundamento na separação de facto por tempo prolongado (alínea a)), exigia-se que estivessem reunidos os dois elementos, objectivo e subjectivo⁷³.

Além disso, para que o divórcio pudesse vir a ser decretado com fundamento na alínea a) do artigo 1781.º do CC, impunha-se ainda que a separação tivesse uma duração de três anos consecutivos. Ora, é frequente acontecer que os cônjuges não se separem de uma só vez, mas antes “vão-se separando”, o que suscita sérias dificuldades na determinação da data em que a separação de facto ocorreu. O critério estabelecido pela doutrina para solucionar este problema foi o de se apurar a data em que ocorreu o último sinal visível de vida em comum.^{74 75} Estando assim determinada a data em que se verificou a separação de facto, exigia-se que a mesma durasse por um período de três anos consecutivos, não se

⁷² Assim, Pires de Lima e Antunes Varela, *Código Civil Anotado*, vol. IV..., p. 541, Pereira Coelho, *Divórcio...*, pp. 36 e ss., Teixeira de Sousa, *O regime...*, cit., p. 85., Eduardo dos Santos, *Do divórcio...*, cit., p. 161.

⁷³ Note-se que, constituía entendimento dominante dos nossos tribunais superiores que o simples facto de o autor instaurar a acção de divórcio já preenchia o elemento subjectivo da separação de facto, pois ele manifestava com tal conduta o propósito de romper definitivamente com a vida em comum. (cfr., entre outros, o acórdão do STJ, de 5 de Julho de 2001, processo n.º 1858/01, relator Araújo de Barros, *CJ* (STJ), ano IX, tomo II, 2001, p. 166; acórdão do STJ, de 11 de Julho de 2006, *CJ* (STJ), ano XIV, tomo II, 2006, p. 157; acórdão do STJ, de 3 de Junho de 2004, processo n.º 04B1564, relator Luís Fonseca; acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 17 de Outubro de 2006, processo n.º 2833/04.0TBFIG.C1, relator Isaiás Pádua, estes dois últimos acórdãos disponíveis em www.dgsi.pt). Contra esta orientação, manifestaram-se Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira (*Curso...*, cit., p. 638, nota 75), sufragando que aquele entendimento desconsidera inteiramente a exigência da 2.ª parte do n.º 1 do artigo 1782.º do CC, de que haja da parte de ambos os cônjuges, ou de um deles, o propósito de não restabelecer a comunhão de vida, pois não basta que tal propósito exista no momento em que a acção é proposta (nesse momento, e da parte do requerente, esse propósito existirá sempre), pelo que naquela interpretação, a 2.ª parte do artigo 1782.º seria inútil. Assim, entendem os mencionados autores que é necessário que esse propósito exista desde a data em que a separação se iniciou, e que se mantenha durante três anos ou um ano consecutivo. Concluem, pois, que “só esse animus dá sentido ao corpus da separação. Só quando não exista comunhão de vida entre os cônjuges e haja da parte de ambos, ou de um deles, o propósito de não restabelecer a comunhão de vida, e quando aquela situação e este propósito se mantenham durante determinado prazo, é que a esperança de reconciliação se torna remota e o legislador deixa de acreditar nela, permitindo a qualquer dos cônjuges pedir o divórcio com fundamento nas alíneas a) ou b) do art. 1781.º do CC”. Neste sentido, *vide* ainda o acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 12 de Abril de 2011, processo n.º 235/08.8TBSRT.C1, relator António Beça Pereira, disponível em www.dgsi.pt.

⁷⁴ Cfr. Pereira Coelho, *Divórcio...*, cit., pp. 37 e ss.

⁷⁵ Socorrendo-se deste critério, *vide*, entre outros, o supracitado acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 17 de Outubro de 2006 (no caso em análise no acórdão, a Relação considerou que o facto (provado) de o autor e a ré se separarem nos primeiros dias de Novembro de 2004, com o abandono do domicílio conjugal por parte do autor, poderá ser indiciador da separação de facto entre os cônjuges, e portanto, entendeu-se ser aquela a data em que ocorreu o último sinal visível de vida em comum dos cônjuges, isto é, a data da separação).

admitindo interrupção. Porém, existia aqui divergência na doutrina. A posição majoritária⁷⁶ defendia que, o decurso do prazo não se interrompia por os cônjuges se encontrarem, por exemplo, para acertar contas em aberto ou regular questões relativas aos filhos em comum, mas já se interrompia se decidissem tentar uma reconciliação, inutilizando-se o tempo decorrido, e começando a contar novo prazo, no caso de a tentativa de reconciliação se frustrar e voltarem a separar-se. Ao invés, defendiam outros autores⁷⁷ que, o decurso do prazo de separação de facto não se interrompia por uma coabitação temporária entre os cônjuges durante o tempo que tentassem a reconciliação. Sufragavam tal posição com base na seguinte argumentação: se tal coabitação interrompesse o prazo legalmente exigido para a separação de facto se constituir como fundamento do divórcio, poderia suceder que os cônjuges, temendo perder o prazo já decorrido, receassem iniciar qualquer tentativa de reconciliação; ora, não devendo a lei dificultar, mas antes favorecer a reconciliação entre os cônjuges, o prazo de separação só seria interrompido por uma efectiva reconciliação entre os cônjuges e pelo restabelecimento da vida em comum.

Questão controvertida era também a de saber se o prazo de separação de facto tinha de estar completamente decorrido à data da propositura da acção de divórcio litigioso com fundamento na separação de facto⁷⁸, ou antes poderá completar-se durante a pendência dessa acção⁷⁹.

Por sua vez, quanto à causa de divórcio da alínea b) do artigo 1781.º do CC, na sua redacção anterior (“*separação de facto por um ano se o divórcio for [fosse] requerido por um dos cônjuges sem oposição do outro*”) suscitou várias críticas por parte da nossa

⁷⁶ Cfr., Pereira Coelho, *Divórcio...*, cit., p. 38, Ferreira Pinto, *Causas...*, p. 120, França Pitão, *Legislação...*, p. 56, e Abel Delgado, *O divórcio...*, cit., p. 108.

⁷⁷ Cfr. Teixeira de Sousa, *O regime...*, cit., pp. 84 e ss., e, no mesmo sentido, Eduardo dos Santos, *Do divórcio...*, cit., p. 163.

⁷⁸ Neste sentido, cfr., entre outros, Teixeira de Sousa, *O regime...*, cit., pp. 34 e ss. e 84, Eduardo dos Santos, *Do divórcio...*, cit., p. 162, Abel Delgado, *O divórcio...*, cit., p. 108, Ferreira Pinto, *Causas...*, cit., p. 120, e Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira, *Curso...*, cit., pp. 638 e ss., nota 75, se bem interpretamos a sua posição aí expendida (“só quando não exista comunhão de vida entre os cônjuges e haja da parte de ambos, ou de um deles, o propósito de não restabelecer a comunhão de vida, e quando aquela situação e este propósito se mantenham durante determinado prazo, é que a esperança de reconciliação se torna remota e o legislador deixa de acreditar nela, permitindo a qualquer dos cônjuges pedir o divórcio com fundamento nas alíneas a) ou b) do art. 1781.º CCiv.” (sublinhado nosso); e, na jurisprudência, o acórdão do STJ, de 24 de Outubro de 2006, processo n.º 06B2898, relator Ferreira Girão, disponível em www.dgsi.pt.

⁷⁹ Sufragando este entendimento, veja-se o acórdão do STJ, de 3 de Novembro de 2005, processo n.º 05B2266, relator Lucas Coelho, que entendeu que, no caso de o prazo legal de separação exigido não se haver ainda completado na data de instauração da acção de divórcio, sobre esse marco de referência temporal prevalece o princípio da actualidade da decisão, previsto no art. 611.º NCPC, podendo tal prazo completar-se na pendência da acção; no mesmo sentido, cfr. o acórdão do STJ, de 6 de Março de 2007, processo n.º 07A297, relator Sebastião Póvoas, ambos disponíveis em www.dgsi.pt.

doutrina. Antunes Varela entendeu que, atendendo à facilitação do divórcio por mútuo consentimento e considerando o encurtamento do prazo de separação de facto normalmente exigida para o divórcio litigioso (ou seja, 3 anos consecutivos, nos termos da alínea a)), mal se compreendia este “novo e curtíssimo prazo de um ano”.⁸⁰ Posteriormente, também Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira⁸¹ teceram críticas à causa de divórcio da alínea b), pois, na opinião dos autores, mal se entendia que, para os cônjuges se divorciarem por mútuo consentimento a lei exigisse que alcançassem os três acordos sobre as consequências do divórcio, enquanto que no caso da alínea b) do artigo 1781.º, na redacção anterior, bastava que os cônjuges estivessem separados de facto há um ano para poderem divorciar-se, mesmo que não tivessem acordado sobre qualquer dessas matérias, intentando um deles acção de divórcio litigioso com fundamento na separação de facto que o outro não contestaria e à qual não se oporia. Havia, ainda, quem entendesse que a ideia da lei era consagrar a possibilidade de uma saída para os casos em que os cônjuges não chegavam a entendimento quanto aos três acordos exigidos no divórcio por mútuo consentimento.⁸²

Entende-se que também era necessário estarem reunidos os elementos, objectivo e subjectivo, da separação de facto, para o decretamento do divórcio com fundamento na alínea b)⁸³ e exigia-se, ainda, que não houvesse oposição do outro cônjuge (“*sem oposição do outro*”), existindo controvérsia quanto ao significado de tal expressão⁸⁴.

⁸⁰ Cfr. Antunes Varela, *Direito da Família...*, cit., pp. 502 e ss.

⁸¹ Cfr. *Curso...*, cit., pp. 639 e ss.

⁸² Patrícia Rocha, *O divórcio...*, cit., p. 580.

⁸³ A noção de separação de facto da al. b) devia ser a prevista no artigo 1782.º, n.º 1 do CC, que embora se referisse apenas à separação de facto da al. a), não existe razão para não se aplicar essa norma também à al. b) do artigo 1781.º, na sua redacção anterior, ao menos por analogia.

⁸⁴ A discussão doutrinal e jurisprudencial girava em torno da questão de saber se a exigida falta de oposição do outro cônjuge (alínea b) do art. 1781.º, parte final) equivaleria à simples falta de oposição ou contestação da acção de divórcio pelo cônjuge requerido, ou antes à efectiva manifestação, expressa ou tácita, de aceitação ou concordância em relação à peticionada dissolução do casamento. A primeira posição, segundo a qual esse requisito era preenchido se o cônjuge requerido não contestasse a acção de divórcio, ou não deduzisse oposição, era defendida por Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira, *Curso...*, cit., pp. 640-641, nota 76ª (se bem interpretamos o seu pensamento), Hélder Martins Leitão, *Da acção...*, cit., p. 54; e na jurisprudência, cfr. o citado acórdão do STJ, de 3-11-2005, e o acórdão do STJ de 30-9-2004, Revista n.º 540/04 - 7.ª secção, relator Araújo Barros, e a crítica (no sentido concordante da solução do acórdão) feita por Quirino Soares, *Lex Familiae*, ano 3, n.º 5, 2006, pp. 99 e ss. Nesta linha de pensamento incluía-se ainda Guilherme de Oliveira, de acordo com o qual, essa exigência de não oposição do réu significava que ele não se opunha à dissolução. Assim, escrevia o citado autor que “este divórcio unilateral, que beneficia da anuência do réu e por isto pode ser decretado ao fim de um ano de separação, parece afinal um divórcio por mútuo consentimento. O que aproxima as duas vias para a dissolução, neste caso, é a existência de um acordo sobre a extinção do casamento; a diferença que as distingue está na circunstância essencial de os cônjuges não terem conseguido fazer os “acordos complementares” que são indispensáveis para o sucesso do divórcio por mútuo consentimento. Dito de outro modo: se ao fim de um ano de separação - e para além do acordo

Por outro lado, não obstante o silêncio da lei, deve entender-se que o prazo de um ano de duração da separação exigido na alínea b) era consecutivo e sem interrupção.⁸⁵

Por fim, importa deixar duas últimas notas, que serão desenvolvidas adiante. A primeira é que a separação de facto é uma causa de divórcio bilateral, pelo que qualquer dos cônjuges (mesmo o culpado ou principal culpado) poderia requerer o divórcio com este fundamento, quando decorrido o prazo de três anos consecutivos ou um ano consecutivo, consoante se aplicasse a alínea a) ou b) do artigo 1781.º, respectivamente. Acresce que o juiz não terá, em semelhantes circunstâncias, qualquer poder de livre apreciação, visto estarem aqui em questão verdadeiras causas peremptórias do divórcio.⁸⁶

A segunda ideia que queremos sublinhar é a de que, apesar de a separação de facto ser uma causa objectiva de divórcio, não culposa, podia haver lugar a declaração de culpa, nos termos do artigo 1782.º, n.º 2 do CC, na sua redacção anterior, para aplicação das sanções patrimoniais como efeitos do divórcio. Note-se que, como se depreende do mencionado preceito, a culpa a declarar neste caso era a que se reportava à causa da separação de facto dos cônjuges, consistindo no juízo de censura que recaía sobre a conduta de um ou de ambos os cônjuges que causou a sua separação.

ii) Alteração das faculdades mentais do outro cônjuge:

Outra causa objectiva de divórcio, prevista na alínea c) do artigo 1781.º do CC, na sua redacção anterior, consiste na alteração das faculdades mentais do outro cônjuge, quando durasse há mais de três anos e, pela sua gravidade, compromettesse a possibilidade da vida em comum.

Começando por uma perspectiva histórica desta causa de divórcio, é de notar que a “loucura incurável” já foi causa de divórcio ao abrigo da Lei do Divórcio de 1910.

sobre a extinção do casamento - os cônjuges se puserem de acordo sobre as consequências essenciais do divórcio, o processo pode ser convertido em divórcio por mútuo consentimento” (cfr. Guilherme de Oliveira, *O regime do divórcio...*, cit., p. 13, nota 8). Em sentido diverso, sufragando o segundo entendimento exposto, ou seja, que o fundamento da alínea b) exigia um acordo tácito (ou, obviamente, um acordo exposto) do cônjuge réu, que consistia na não oposição ao divórcio, e tal satisfazia-se, por exemplo, com o réu ter pedido também o divórcio, apenas divergindo na questão da imputação da culpa, cfr., entre outros, o mencionado acórdão do STJ, de 6-3-2007, o acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 12-1-2010, processo n.º 503/08.9TJVNF.P1, relator Guerra Banha, o acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 12-3-2009, processo n.º 9515/2008-6, relatora Márcia Portela, e o acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 4-12-2008, processo n.º 0836498, relator Luís Espírito Santo, todos disponíveis em www.dgsi.pt.

⁸⁵ Assim, Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira, *Curso...*, cit., p. 641.

⁸⁶ Cfr. Antunes Varela, *Direito da Família...*, cit., pp. 501 e 502.

Depois, com o Código Civil de 1966 foram eliminadas todas as causas objectivas de divórcio litigioso, e logicamente também a loucura incurável. Porém, a Reforma de 1977 “reintegrou” esta causa de divórcio, embora com outra redacção, prevendo no artigo 1781.º, alínea c) do CC como fundamento de divórcio a “alteração das faculdades mentais do outro cônjuge, quando durasse há mais de seis anos e, pela sua gravidade, compromettesse a possibilidade de vida em comum”, embora com especiais medidas, tendo em vista, sobretudo, salvaguardar os interesses do cônjuge mentalmente afectado. Expressão disso era o artigo 1784.º do CC, na redacção da Reforma de 1977, que estabelecia que o divórcio não devia ser decretado quando fosse de presumir que a dissolução do casamento pudesse agravar consideravelmente o estado mental do cônjuge réu, podendo tal possibilidade de agravamento ser apreciada oficiosamente pelo tribunal. Por outro lado, e dentro do mesmo espírito de protecção desse cônjuge, o artigo 1792.º do CC, obrigava o cônjuge que pedisse o divórcio com fundamento em alteração das faculdades mentais a reparar os danos não patrimoniais causados ao outro pela dissolução do casamento, e o artigo 2016.º, n.º 1, alínea b) obrigava o cônjuge autor a prestar alimentos ao cônjuge mentalmente afectado.

Finalmente, a Lei n.º 47/98 manteve tal causa de divórcio, com as seguintes alterações importantes: diminuiu de seis para três anos o prazo exigido para que esta causa pudesse ser fundamento de divórcio e, ao mesmo tempo, eliminou o mencionado artigo 1784.º do CC, que previa uma espécie de “cláusula de dureza”.

Ora, antes de nos centrarmos nos requisitos desta causa de divórcio, importa deixar uma nota prévia: a alteração das faculdades mentais do outro cônjuge era uma causa autónoma relativamente à separação de facto, causa de divórcio que falámos anteriormente, pois o divórcio podia ser pedido com fundamento na alteração das faculdades mentais do outro cônjuge, mesmo que este não tivesse sido hospitalizado e, portanto, faltasse o elemento objectivo da separação de facto.⁸⁷

Para que a alteração das faculdades mentais do outro cônjuge pudesse ser fundamento de divórcio litigioso, era necessário estarem reunidos os pressupostos desta causa estabelecidos na alínea c) do artigo 1781.º do CC, na sua redacção anterior.⁸⁸

⁸⁷ Cfr. Pereira Coelho, *Divórcio...*, cit., p. 40, Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira, *Curso...*, cit., p. 643, Eduardo dos Santos, *Do divórcio...*, cit., p. 170, e França Pitão, *Legislação...*, cit., pp. 59 e ss.

⁸⁸ Seguimos aqui de perto a obra de Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira, *Curso...*, cit., p. 644.

Em primeiro lugar, era preciso verificar-se uma alteração das faculdades mentais do outro cônjuge, independentemente da sua causa.

Em segundo lugar, tal alteração devia ser grave e durar há mais de três anos (referindo-se este prazo à alteração das faculdades mentais, e não à interrupção da vida em comum⁸⁹)⁹⁰, o que naturalmente seria provado por laudo médico.

Por fim, a lei exigia que a alteração das faculdades mentais, pela sua gravidade, compromettesse a possibilidade de vida em comum.⁹¹ Ora, como a impossibilidade da vida em comum resultante da alteração das faculdades mentais de um cônjuge era a justificação da dissolução do casamento, a gravidade dessa alteração aferia-se, para relevar como fundamento do divórcio, pela medida em que tornava insustentável e inexigível a manutenção da vida em comum. Se não era exigível ao cônjuge não doente a continuação do matrimónio, a possibilidade da vida em comum ficava comprometida. Claro que um resqúcio de vida em comum era sempre possível mesmo neste caso, tudo dependendo da capacidade de sacrifício do cônjuge não doente. Mas a continuação da vida em comum não devia ser para ele um sacrifício exorbitante e, por isso, inexigível.⁹² Ainda quanto a este último requisito, importa sublinhar que, para que a anomalia fosse considerada essencial, como fundamento do divórcio, bastava que ela compromettesse a possibilidade de vida em comum, na altura em que a dissolução do casamento fosse requerida, não sendo necessário que tivesse comprometido durante mais de três anos a vida em comum dos cônjuges.⁹³

Não exigia a lei a prova da incurabilidade da doença (como sucedia na Lei do Divórcio de 1910 com a “loucura incurável”), mas era unânime na doutrina que a doença

⁸⁹ Cfr. Antunes Varela, *Direito da Família...*, cit., p. 503.

⁹⁰ O mencionado prazo deveria ser contado desde o começo da alteração das faculdades mentais do cônjuge. Uma questão que se colocava era a de saber se os intervalos lúcidos desse cônjuge mentalmente afectado deviam ser descontados no prazo e se interrompiam ou não a contagem do prazo, entendendo a generalidade da doutrina que não, ou seja, que o prazo tinha de ser ininterrupto.

⁹¹ Pires de Lima e Antunes Varela, *Código Civil anotado*, vol. IV..., cit., pp. 544-545, entendem que também na apreciação deste requisito, à semelhança do que ocorria com a violação dos deveres conjugais, o juiz devia ter em conta o grau de educação e a sensibilidade moral dos cônjuges.

⁹² Neste sentido, cfr. Pereira Coelho, *Divórcio...*, cit., pp. 40 e ss., Teixeira de Sousa, *O regime...*, cit., p. 88, Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira, *Curso...*, cit., pp. 643 e ss., Antunes Varela, *Direito da Família...*, cit., p. 503.

⁹³ Assim, Antunes Varela, *Direito da Família...*, cit., p. 503. Por sua vez, Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira (*Curso...*, cit., p. 644), embora não discordando cabalmente da referida posição, defendiam que o comprometimento da possibilidade de vida em comum referia-se ao presente e também ao futuro, devendo a fórmula ser entendida num sentido global, ou seja, a alteração das faculdades mentais não só haveria de ter determinado a destruição da comunhão de vida entre os cônjuges no momento a que a sentença se reporta, como haveria de comprometer a possibilidade de restabelecimento dessa comunhão no futuro.

que oferecesse boas possibilidades de cura não seria suficientemente grave para justificar o pedido de divórcio.⁹⁴

Por último, da nossa pesquisa sobre a aplicação desta causa de divórcio pela jurisprudência, resultou a ideia de que, na prática, eram escassas as acções de divórcio intentadas com base neste fundamento. Ainda assim, queremos destacar aqui o acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 4 de Julho de 2007⁹⁵: a autora recorreu para a Relação da sentença da 1.ª instância que julgou improcedente o pedido de divórcio com os fundamentos da separação de facto e da alteração das faculdades mentais, embora no recurso se tenha baseado apenas no fundamento da alteração das faculdades mentais do réu. Porém, o Tribunal da Relação do Porto julgou a apelação improcedente, não decretando o divórcio entre a autora e o réu, com fundamento na alteração das faculdades mentais do réu, por entender não estarem preenchidos todos os pressupostos dessa causa de divórcio (previstos no artigo 1781.º, alínea c) do CC, na sua redacção anterior), quais sejam, a alteração das faculdades mentais do réu, sobrevinda ao casamento, que durasse há mais de três anos (na data da propositura da acção), e que fosse de tal modo grave (e não que fosse incurável) que compromettesse a possibilidade da vida em comum, situação a constatar no momento em que era pedido o divórcio. Acresce que, era sobre o cônjuge autor, que pedia o divórcio com fundamento na alteração das faculdades mentais do outro, que recaía a prova dessa situação e da sua duração (art. 342.º, n.º 1 do CC). Daí que, em primeiro lugar, deveria provar a alteração das faculdades mentais do outro cônjuge, qualquer que fosse a causa dessa anomalia, e que a mesma durava há mais de três anos na data em que era pedido o divórcio e, por outro lado, que a anomalia, pela sua gravidade, comprometeu a possibilidade da vida em comum. A Relação do Porto entendeu, face à matéria de facto provada, que não estava preenchido, desde logo, o primeiro dos requisitos. Refere o citado acórdão que, “se é verdade que o apelado, padece de graves sequelas físicas que, de alguma forma, podem condicionar as capacidades psíquicas, entendemos não poder afirmar-se a alteração das faculdades mentais, anomalia mental que retire lucidez intelectual ao apelado para, por si, comprometer a possibilidade da vida em comum. Não se considerou que as sequelas das lesões que afectam o apelado lhe retirem lucidez psicológica para, por essa razão, ficar irremediavelmente comprometida a

⁹⁴ Cfr. Pereira Coelho, *Divórcio...*, cit., pp. 41 e ss., e no mesmo sentido, se bem interpretamos o seu texto, Eduardo dos Santos, *Do divórcio...*, cit., p. 172.

⁹⁵ Processo n.º 0731490, relator José Ferraz, disponível em www.dgsi.pt.

possibilidade da vida em comum”. Ao que acresce que “não ficou provado que, na data da proposição, essa eventual quebra de lucidez, definitiva, durasse há mais de três anos”.

Ora, na nossa opinião, na prática, os requisitos da alínea c) do artigo 1781.º eram muito exigentes, e talvez se possa avançar este como um dos motivos que justifica as poucas acções de divórcio propostas em tribunal com base neste fundamento.

iii) Ausência sem notícias:

A última causa objectiva de divórcio litigioso consagrada no artigo 1781.º do CC, na sua redacção anterior, era a ausência sem notícias por tempo não inferior a dois anos (alínea d)).

A ausência sem notícias já tinha sido fundamento de divórcio litigioso na Lei do Divórcio de 1910, e voltou a sê-lo com a Reforma de 1977, que estabeleceu no artigo 1781.º, alínea b), como causa de divórcio, a “ausência, sem que do ausente houvesse notícias, por tempo não inferior a quatro anos”, tempo igual ao exigido pela Lei do Divórcio. Finalmente, a Lei n.º 47/98 manteve esta causa de divórcio (alínea d) do artigo 1781.º), mas diminuiu o tempo para dois anos.

Assim, no quadro do regime anterior, a ausência era fundamento de divórcio, desde que estivessem reunidos três requisitos: a ausência do outro cônjuge para um local que não fosse a casa de morada de família; que do ausente não houvesse notícias, integrando-se aqui a falta de qualquer comunicação ou de chegada de notícias do ausente; e, ainda, que a falta de notícias sobre o ausente perdurasse, pelo menos, há dois anos, contados de forma ininterrupta, isto é, se no decurso desse prazo, o ausente dava notícias ou o cônjuge não ausente sabia notícias do outro, o prazo já decorrido inutilizava-se, começando a contar novo prazo⁹⁶.

O objectivo da lei ao consagrar esta causa de divórcio prendeu-se essencialmente com o seguinte: se tal causa não fosse admitida, o cônjuge do ausente teria de esperar três anos para pedir o divórcio com base em separação de facto (ou seja, teria de aguardar mais um ano) e provar a existência do elemento subjectivo da separação de facto. Assim como

⁹⁶ Assim, entre outros, França Pitão, *Legislação...*, cit., p. 57. Em sentido diverso, defendia Teixeira de Sousa, *O divórcio...*, cit., p. 86, que se devia entender que, não eram quaisquer notícias do cônjuge ausente que interrompiam esse prazo, mas só as notícias que pusessem fim ao desconhecimento do paradeiro do cônjuge ausente (dá como exemplo de uma situação que não devia interromper o prazo, uma carta enviada pelo cônjuge ausente ao outro cônjuge, na qual aquele não revela o local do seu paradeiro).

teria de esperar dez anos sobre a data das últimas notícias, ou cinco anos, se entretanto o ausente tivesse completado oitenta anos de idade (art. 114.º, n.º 1 do CC) para, declarada a morte presumida do ausente, poder contrair segundas núpcias, nos termos do artigo 116.º do CC.⁹⁷

Como veremos melhor adiante, com a entrada em vigor da Lei n.º 61/2008, o prazo exigido para pedir o divórcio sem o consentimento do outro cônjuge, com fundamento na separação de facto ou na ausência sem notícias, passou a ser exactamente o mesmo, ou seja, o prazo de um ano (alíneas a) e c) do artigo 1781.º do CC, na redacção actual). Ora, à primeira vista, poderia parecer que a previsão da ausência como causa de divórcio se revelava desnecessária à luz do novo regime do divórcio, dado que os prazos são iguais e o cônjuge sempre poderia invocar como fundamento da acção de divórcio a separação de facto por um ano consecutivo. Porém veremos, aquando da análise do novo regime, que a consagração da ausência como causa do divórcio sem consentimento de um dos cônjuges continua a revelar-se essencial.

Resta-nos, por último, sublinhar que, também na acção de divórcio com fundamento na ausência, o juiz devia declarar a culpa dos cônjuges, quando a houvesse, de acordo com o disposto no artigo 1783.º do CC, na sua redacção anterior, com relevância para os efeitos patrimoniais do divórcio.

2.3.2. Processo

2.3.2.1. Legitimidade:

i) Em geral:

O direito ao divórcio é um direito pessoal, e como tal, intransmissível, *inter vivos* ou *mortis causa*. O n.º 3 do artigo 1785.º do CC, na sua redacção anterior, abriu uma excepção à regra da pessoalidade: falecendo um dos cônjuges, no caso de a acção já ter sido intentada pelo cônjuge com legitimidade para requerer o divórcio, para efeitos de

⁹⁷ Cfr. Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira, *Curso...*, cit., p. 644. No mesmo sentido, *vide* Patrícia Rocha, *O divórcio...*, cit., p. 582, acrescentando ainda que outro objectivo da consagração desta causa de divórcio foi poupar o cônjuge do ausente de provar que o cônjuge ao ausentar-se infringiu culposamente o dever de coabitação.

carácter patrimonial⁹⁸, a mesma podia prosseguir, por iniciativa dos herdeiros do autor ou contra os herdeiros do réu.

Por outro lado, o direito ao divórcio é irrenunciável. O que significa que o cônjuge, mesmo que o queira, não pode, verbal ou por escrito, abdicar de se divorciar. Nas palavras de Hélder Martins Leitão⁹⁹, “o Direito não se impressionando com os fervores da paixão, ainda que ardente e louca, peremptoriamente afastou a possibilidade de um ou os dois cônjuges renunciarem ao divórcio”. Em suma, entende a generalidade da doutrina que, o direito ao divórcio é absolutamente irrenunciável.

ii) Violação culposa dos deveres conjugais:

Segundo o anterior artigo 1785.º, número 1 do CC, tinha legitimidade para intentar acção de divórcio com fundamento na violação culposa dos deveres conjugais, apenas o cônjuge ofendido¹⁰⁰. Mas, se este se encontrasse interdito, admitia-se a representação legal, com autorização do conselho de família, visando-se, assim, a protecção do cônjuge interdito; se o representante legal fosse o outro cônjuge, não se podia “fechar a porta” ao divórcio, prevendo a lei que a acção podia ser intentada, em nome do cônjuge ofendido, por qualquer parente deste na linha recta ou até ao terceiro grau da linha colateral, se fosse igualmente autorizado pelo conselho de família.

⁹⁸ E só para estes - nomeadamente, os efeitos patrimoniais que decorriam da declaração do cônjuge culpado e que estavam previstos nos artigos 1790.º a 1792.º do CC, nas suas redacções anteriores -, pois falecendo o autor ou o réu na pendência da acção de divórcio, o casamento dissolvia-se pela morte.

⁹⁹ Hélder Martins Leitão, *Da acção...*, cit., p. 28.

¹⁰⁰ Leite de Campos (*Lições...*, cit., pp. 295-296) propunha uma interpretação “actualística” do artigo 1779.º, na sua redacção anterior: “há factos que, pela sua gravidade, são, hoje, na sociedade portuguesa, causas “peremptórias” de divórcio: o adultério, os maus tratos físicos ao outro cônjuge (...). A exigência de se levar em conta a culpa do requerente deve ser conexcionada com o artigo 1780.º, alínea a): tratar-se-á de culpa do outro cônjuge nos actos praticados pelo faltoso; e não de violação culposa pelo outro cônjuge de deveres conjugais como pode sugerir o artigo 1779.º. Assim, poderá pedir o divórcio, por adultério, um cônjuge também culpado de adultério. Mas já não o poderá pedir (...) o cônjuge que tenha induzido o outro ao adultério.” É justificável com o argumento de que seria inaceitável a conservação de um casamento que cessou. Porém, como bem constata Jorge Duarte Pinheiro (*O núcleo...*, cit., p. 616, nota 1491) tal solução de *jure condendo* era inteiramente justa, mas de direito constituído embatia no teor do artigo 1785.º, n.º 1 do CC, na sua redacção anterior.

iii) Ruptura da vida em comum:

Quanto à legitimidade para requerer o divórcio litigioso com fundamento em causas objectivas, há ainda uma distinção a fazer: a separação de facto era uma causa bilateral, pois podia ser invocada por qualquer dos cônjuges como fundamento do divórcio, mesmo pelo culpado (cfr. o artigo 1782.º, n.º 2 do CC, na sua redacção anterior); por sua vez, com base na alteração das faculdades mentais do outro cônjuge ou na ausência sem notícias, o divórcio só podia ser requerido pelo cônjuge que invocasse a alteração das faculdades mentais ou a ausência do outro (artigo 1785.º, número 2, do CC, na sua redacção anterior).

2.3.2.2. Caducidade e exclusão do direito ao divórcio

i) Caducidade do direito ao divórcio:

Na lei anterior, o direito ao divórcio litigioso era um direito caducável. Contudo, apenas caducava quando baseado em causas subjectivas.

Por sua vez, as causas objectivas de divórcio litigioso comportavam como característica fundamental o facto de não caducar o direito ao divórcio, já que as mesmas consubstanciam-se em factos continuados ou duradouros, pelo que o divórcio podia ser proposto a todo o tempo, enquanto se verificasse ou mantivesse a respetiva causa.¹⁰¹ Contudo, a propositura de uma acção de divórcio fundada numa causa objectiva, nos dois anos subsequentes à cessação do facto continuado, embora expressamente permitida pelo anterior artigo 1786.º, n.º 2 do CC, não era realmente possível, porque o termo da separação de facto, da ausência sem notícias ou da alteração das faculdades mentais extinguiu o próprio direito ao divórcio baseado nessas causas.¹⁰²

O prazo de caducidade do direito ao divórcio era de dois anos, contados a partir da data em que o cônjuge ofendido ou o seu representante legal (no caso de aquele se

¹⁰¹ Cfr. Eduardo dos Santos, *Do divórcio...*, cit., p. 106, Patrícia Rocha, *O divórcio...*, cit., p. 572, e Teixeira de Sousa, *O regime...*, cit., p. 81 (este autor defendia que era aplicável às causas objectivas o princípio implicitamente enunciado no (anterior) artigo 1786.º, n.º 2 do CC).

¹⁰² Assim, também, Teixeira de Sousa, *O regime jurídico...*, cit., p. 81, e Eduardo dos Santos, *Do divórcio...*, cit., pp. 106 e ss.

encontrar interdito) tivesse conhecimento do facto susceptível de fundamentar o pedido de divórcio (artigo 1786.º, n.º 1 do CC, na sua redacção anterior).

O “conhecimento do facto” teria de abranger o conhecimento das circunstâncias essenciais que o rodearam, de forma a razoavelmente permitir ao cônjuge ofendido formar a sua decisão de pedir ou não o divórcio. Por outro lado, teria de ser um conhecimento efectivo do facto por parte do cônjuge ofendido, não bastando um rumor, um boato ou uma suspeita (ainda que correspondessem à verdade e a verdade dos factos lhe fosse acessível, se ele tivesse posto nesse sentido uma razoável diligência). Porém, havendo dolo ou culpa grave do cônjuge ofendido, a cognoscibilidade devia ser equiparada ao conhecimento efectivo, pois a lei não podia tutelar a posição do cônjuge que “só não sabe porque não quer saber”.¹⁰³

Refira-se ainda que, na contagem do prazo de caducidade, a lei estabelecia uma distinção, consoante se tratasse de faltas repetidas ou continuadas. Com efeito, referia o n.º 2 do anterior artigo 1786.º do CC que, tratando-se de faltas repetidas (por exemplo, uma relação adúltera estável), o prazo corria separadamente e autonomamente para cada uma delas; porém, se a causa de divórcio se tratasse de facto continuado (por exemplo, o abandono da casa de morada de família), o prazo de caducidade renovava-se continuamente enquanto a infracção se mantivesse, de modo que só correria a partir da data em que o facto tivesse cessado.¹⁰⁴

ii) Exclusão do direito ao divórcio:¹⁰⁵

Estabelecia o artigo 1780.º do CC, no regime anterior, que o cônjuge ofendido não podia obter o divórcio, com fundamento na violação culposa dos deveres conjugais, por ocorrerem factos que impediam ou extinguíam o seu direito ao divórcio. Eram os casos em que tivesse instigado o outro a praticar o facto invocado como fundamento do pedido de divórcio, ou tivesse intencionalmente criado condições propícias à verificação desse facto

¹⁰³ Entendimento defendido por Pereira Coelho, “Caducidade do direito ao divórcio ou à separação de pessoas e bens”, *RLJ*, 104, 1971, pp. 134 e ss., e seguido por Eduardo dos Santos, *Do divórcio...*, cit., p. 106.

¹⁰⁴ Sublinhe-se, contudo, que esta questão foi alvo de viva discussão doutrinal e jurisprudencial até à Reforma de 1977, que tomou posição sobre a mesma, no sentido consagrado expressamente no artigo 1786.º, n.º 2 do CC, na redacção anterior; aliás, era esse o entendimento já antes defendido por Pereira Coelho, *Caducidade...*, cit., pp. 54, 67 e ss., 84 e ss., e 102 e ss.

¹⁰⁵ Sobre esta matéria em geral, veja-se Pereira Coelho, “Anotação ao Acórdão do STJ, de 25 de Fevereiro de 1975”, *RLJ*, 109, 1976-1977, pp. 7 e ss.

(alínea a))¹⁰⁶; ou, ainda, tivesse revelado pelo seu comportamento posterior, designadamente por perdão, expresso ou tácito, não considerar o acto praticado como impeditivo da vida em comum (alínea b))¹⁰⁷. Vejamos, de seguida, cada uma destas causas de exclusão do direito ao divórcio.

Em primeiro lugar, se um dos cônjuges instigou o outro a praticar o facto invocado como fundamento do pedido de divórcio, não podia pedir o divórcio com base nesse facto. É o caso de a mulher instigar o marido a manter uma relação adúlterina; não podia depois pedir o divórcio com fundamento em adultério do marido.

Em segundo lugar, impedia também o direito ao divórcio a criação intencional de condições propícias à verificação do facto invocado como fundamento do divórcio. É de destacar que, a criação daquelas condições só retirava ao ofendido o direito de pedir o divórcio se fosse intencional. Suponhamos, por exemplo, que a mulher recusa manter relações sexuais com o marido, e ele comete adultério; neste caso, admite-se que a falta da mulher tenha propiciado o adultério do marido, mas o facto não impedia a mulher de pedir o divórcio com fundamento no adultério, que não teria propiciado intencionalmente.¹⁰⁸

Por fim, na alínea b) do artigo 1780.º do CC, retirava-se o direito ao divórcio por violação culposa dos deveres conjugais ao cônjuge que tivesse revelado pelo seu comportamento posterior à violação (por exemplo, por perdão, expresso ou tácito) não sentir o acto praticado pelo outro como impeditivo da vida em comum.¹⁰⁹

Ora, esta era talvez, de entre as causas de exclusão do direito ao divórcio, aquela que revestia maior interesse prático, sendo frequentemente alegada pelo cônjuge réu nas acções de divórcio litigioso fundadas na violação culposa dos deveres conjugais. Pelo que dedicaremos as seguintes linhas à sua análise.

¹⁰⁶ Estas duas causas eram impeditivas do direito ao divórcio.

¹⁰⁷ Tratava-se de uma causa de extinção do direito ao divórcio.

¹⁰⁸ Cfr. Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira, *Curso...*, cit., pp. 645 e ss.

¹⁰⁹ Note-se que, no artigo 1780.º, alínea b) do CC, na sua redacção anterior, referia-se “designadamente por perdão”, quer dizer, não necessariamente através de perdão. Cfr. o acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 11-4-2005, processo n.º 0551484, relator Caimoto Jácome, disponível em www.dgsi.pt: “Provando-se que, em data não apurada do ano de 2001, o Autor da acção de divórcio litigioso, foi viver para o Brasil com a sua mulher e as filhas desta, e que, em data não apurada, mas situada no primeiro semestre de 2003, dali regressou vindo viver com a sua mãe para Portugal; o facto de, depois da alegada violação dos deveres conjugais pela ré – agressão física e insultos – o autor ter vivido com ela, durante aquele lapso de tempo no Brasil, exprime senão perdão tácito, pelo menos, que o demandante marido não considerou os actos praticados pela sua mulher como impeditivos da vida em comum”. Logo, entendeu a Relação, a nosso ver com razão, ficar excluído o direito de ele requerer o divórcio nos termos do artigo 1780.º, alínea b) do CC, na redacção anterior.

O comportamento do cônjuge ofendido a que a alínea b) ligava objectivamente o efeito de excluir o direito ao divórcio abrangia dois elementos: um interior (consistia num juízo do cônjuge ofendido de que a falta do outro cônjuge não impossibilitou a vida em comum, e, mais do que isso, numa sua disposição ou determinação interior de continuar ou reatar a vida em comum, apesar da falta cometida pelo outro) e um exterior (simples revelação daquela determinação interior).¹¹⁰

A lei destacava o perdão como uma forma de revelação da disposição interior do ofendido de continuar a vida em comum.

Pires de Lima e Antunes Varela¹¹¹ escreviam que, “o perdão envolve, segundo o próprio sentido usual ou corrente do termo, uma mudança de atitude do perdoante. Mudança que pressupõe um duplo momento psicológico. Num primeiro momento, a pessoa foi e sentiu-se ofendida, estando porventura disposta a usar dos meios de reacção que lhe eram facultados; num momento posterior, o ofendido passa uma esponja sobre o facto, desiste de reagir contra ele, e age, em princípio, como se o facto não se tivesse verificado, ou como se tivesse esquecido a sua verificação”.

Mas, salientavam os citados autores, que “no caso presente, a lei não vai tão longe no seu grau de exigência, contentando-se com a prova de que o cônjuge ofendido, embora não esquecendo o facto, todavia o desculpou ou tolerou, a ponto de aceitar a continuação do matrimónio, senão nos termos da normalidade da vida em comum dos cônjuges, pelo menos naqueles em que o convívio conjugal se processava antes de a falta ser cometida”.¹¹²

Essencial, para que houvesse perdão, era que a atitude de desculpa ou de relevação da falta se traduzisse por um comportamento inequívoco do cônjuge ofendido, no sentido da continuação da vida em comum.¹¹³

Além disso, tornava-se ainda fundamental que o propósito de continuar ou reatar a vida matrimonial em termos normais (ou nos termos anteriores à falta) traduzisse, “não

¹¹⁰ Cfr. Pereira Coelho, Anotação ao Acórdão do STJ, de 25 de Fevereiro de 1975..., cit., p. 9.

¹¹¹ Cfr. Pires de Lima e Antunes Varela, *Código Civil Anotado*, vol. IV..., cit., p. 536.

¹¹² Cfr. Pires de Lima e Antunes Varela, *Código Civil Anotado*, vol. IV..., cit., pp. 536 e ss.

¹¹³ Assim, Pires de Lima e Antunes Varela, *Código Civil Anotado*, vol. IV..., cit., p. 537, Eduardo dos Santos, *Do divórcio...*, cit., p. 111.

uma atitude de momento, um gesto precipitado, mas sim um propósito firme e bem assente”¹¹⁴.

A disposição interior do ofendido favorável à continuação da vida em comum tinha de ser consciente e voluntariamente tomada.¹¹⁵ O cônjuge ofendido devia ter pleno conhecimento da falta cometida pelo outro, ou seja, do facto praticado e de todas as suas circunstâncias essenciais, isto é, daquelas que o podiam determinar, razoavelmente, na sua decisão de pedir ou não pedir o divórcio.¹¹⁶

Na jurisprudência, encontramos interessantes decisões sobre esta matéria das causas de exclusão do direito ao divórcio litigioso, nomeadamente, o perdão. Vejamos, por exemplo, o acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 8-5-2006¹¹⁷: entendeu-se que, não há perdão se o cônjuge mulher, depois das faltas, voltou para a casa de morada de família de onde saíra, por ser vítima de agressões físicas e insultos por parte do marido, se tal regresso foi por ele forçado. A nosso ver, a Relação do Porto decidiu bem pois, nesta situação, o cônjuge mulher/ ofendida não formou livre e voluntariamente a sua determinação interior, uma vez que ela só continuou a vida em comum coagida pelo marido, logo, não se encontravam reunidos os pressupostos legais para fazer excluir o direito da ofendida requerer o divórcio nos termos do artigo 1780.º, al. b) do CC.

Por último, questão discutida na doutrina era a de saber se o direito ao divórcio se extinguiu por “compensação de culpas” (por exemplo, ambos os cônjuges cometem adultério). A doutrina maioritária respondia negativamente a esta questão.¹¹⁸

2.3.3. A declaração do cônjuge culpado e a sua relevância na determinação dos efeitos patrimoniais do divórcio litigioso:

Estudaremos, de seguida, a declaração de culpa (artigos 1787.º, 1782.º, n.º 2 e 1783.º do CC, todos nas suas redacções anteriores), para posteriormente analisarmos a

¹¹⁴ Cfr. Pires de Lima e Antunes Varela, *Código Civil Anotado*, vol. IV ..., cit., p. 537, Eduardo dos Santos, *Do divórcio...*, cit., p. 111.

¹¹⁵ Cfr. Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira, *Curso...*, cit., p. 649.

¹¹⁶ Cfr. Pereira Coelho, Anotação ao Ac. do STJ, de 25 de Fevereiro de 1975..., cit., p. 10 e nota 4, Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira, *Curso...*, cit., pp. 649 e ss., e nota 88 (p. 650), Pires de Lima e Antunes Varela, *Código Civil Anotado*, vol. IV..., cit., p. 537.

¹¹⁷ Processo n.º 0650580, relator Jorge Vilaça, disponível em www.dgsi.pt.

¹¹⁸ Cfr., entre outros, Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira, *Curso...*, cit., pp. 656 e ss., Pires de Lima e Antunes Varela, *Código Civil Anotado*, vol. IV ..., p. 538, Eduardo dos Santos, *Do divórcio...*, cit., pp. 115 e ss., Abel Delgado, *O divórcio...*, cit., pp. 26 e ss.

relevância desta declaração na determinação dos efeitos patrimoniais do divórcio. Ora, o seu interesse prático prendia-se essencialmente com o facto de, se a sentença de divórcio declarasse um dos cônjuges como único ou principal culpado, esse cônjuge ficava sujeito a várias (e pesadas) consequências patrimoniais, que analisaremos adiante.

2.3.3.1. A declaração do cônjuge único ou principal culpado:

Para que o divórcio fosse decretado com o fundamento do artigo 1779.º do CC era necessário, entre outros requisitos a que já aludimos, que o cônjuge autor (ou o réu reconvincente) provasse a culpa do outro cônjuge na violação dos deveres conjugais. E impunha o artigo 1787.º do CC, na sua redacção anterior, que a sentença de divórcio declarasse a culpa dos cônjuges. Note-se que, neste caso, haveria sempre lugar a declaração de culpa, pois teria sempre de existir prova da culpa para que o divórcio fosse decretado.

Por sua vez, mesmo nos casos em que o divórcio fosse decretado com fundamento em causas objectivas, nomeadamente, em separação de facto¹¹⁹ ou em ausência sem notícias, podia haver lugar a declaração de culpa (artigos 1782.º, n.º 2 e 1783.º do CC). Porém, advirta-se que, nestes casos, não era forçoso que se provasse a culpa de qualquer dos cônjuges nas diversas ocorrências ali previstas. Logo, não tinha de ser declarada na sentença de divórcio a atribuição de culpa a qualquer dos cônjuges¹²⁰; o tribunal só tinha de declarar a culpa dos cônjuges quando a mesma existisse. A prova da culpa, nas acções de divórcio fundadas em causas objectivas, relevava apenas para determinar a aplicação das desvantagens patrimoniais ao cônjuge que fosse declarado único ou principal culpado.

De acordo com o disposto no anterior artigo 1787.º, n.º 1 do CC, a sentença de divórcio devia declarar se houve culpa de um ou de ambos os cônjuges quanto aos factos concretos que serviram de causa ao divórcio e, sendo ambos culpados, qual era o principal culpado se a culpa de um fosse consideravelmente superior à do outro.

¹¹⁹ Sobre a declaração de culpa no caso de divórcio com fundamento em separação de facto, cfr. o acórdão do STJ, de 17 de Junho de 2004, processo n.º 04B1819, relator Araújo Barros, disponível em www.dgsi.pt.

¹²⁰ Cfr., o acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 15-03-2010, processo n.º 421/06.5TMPRT.P1, relatora Maria de Deus Correia, disponível em www.dgsi.pt. Ver, ainda, no sentido de não se imputar culpa a qualquer dos cônjuges separados de facto um do outro há cerca de 5 anos e meio, vivendo a autora maritalmente com outro homem, passado tal período de tempo, o acórdão do STJ, de 14-01-2010, processo n.º 179/09.6YREVR.S1, 2.ª Secção, relator Serra Baptista, disponível em www.dgsi.pt.

Ensinava Pereira Coelho¹²¹ que a “declaração do cônjuge culpado” devia exprimir o resultado de um juízo global sobre a crise matrimonial quanto a saber se o divórcio era imputável por igual a ambos os cônjuges ou exclusiva ou predominantemente a um deles. No fundo, o juiz teria de analisar os factos provados para deles poder retirar a conclusão de que houve condutas censuráveis de um cônjuge, do outro, ou dos dois cônjuges, que deram causa ao divórcio.

Porém, o supracitado autor adverte para o facto de, atendendo às pesadas consequências patrimoniais da declaração do cônjuge único ou principal culpado estabelecidas na lei, que analisaremos de seguida, “o juiz só deve [devia] declarar um dos cônjuges “principal culpado” quando os pratos da balança em que pesa [pesava] as culpas dos cônjuges ficarem [ficassem] manifestamente desequilibrados.”¹²² Ou, como sugeria Antunes Varela¹²³, a lei determinava que apenas se distinguisse entre o principal culpado e o cônjuge menos culpado, “quando o grau de reprovabilidade da conduta de um deles fosse notoriamente maior do que o da censurabilidade do comportamento do outro”.

Para Antunes Varela, o critério de valoração da culpa que deveria ser adoptado era o do “padrão comum de valores geralmente aceite na comunidade nacional, na época em que a questão era apreciada”. Sendo ainda necessário atender, segundo o mesmo autor, nessa determinação do grau relativo de culpa dos cônjuges aos seguintes factores: o da “prioridade cronológica das faltas cometidas” e o da “gravidade relativa da conduta dos desavindos, que pode [podia] ter uma importância decisiva para o comportamento definitivo da reconciliação dos cônjuges”.¹²⁴

2.3.3.2. A relevância da culpa nos efeitos patrimoniais do divórcio:

A declaração do cônjuge como único ou principal culpado no divórcio relevava ainda para certos efeitos de cariz patrimonial.

Em primeiro lugar, o cônjuge declarado único ou principal culpado não podia na partilha receber mais do que receberia se o casamento tivesse sido celebrado segundo o

¹²¹ Cfr. Pereira Coelho, “Anotação ao Acórdão do STJ, de 26 de Fevereiro de 1980”, *RLJ*, ano 114, 1981, p. 183, e Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira, *Curso...*, pp. 664 e ss.

¹²² Cfr. Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira, *Curso...*, cit., pp. 662 e ss.

¹²³ Antunes Varela, *Direito da Família...*, cit., p. 505.

¹²⁴ Cfr. Antunes Varela, *Direito da Família...*, cit., pp. 505 e ss.

regime da comunhão de adquiridos (artigo 1790.º do CC, na sua redacção anterior).¹²⁵ Tratava-se de uma excepção, pois, em regra, a partilha fazia-se segundo o regime de bens do casamento. Assim, aplicava-se o regime do artigo 1790.º apenas quando: o regime de bens do casamento era a comunhão geral de bens¹²⁶; e, concretamente, os bens levados para o casamento ou adquiridos a título gratuito depois do casamento provinham na sua maior parte do cônjuge inocente ou menos culpado. Só neste caso, a aplicação do regime da comunhão de adquiridos beneficiava o inocente e punia o culpado.¹²⁷

Obviamente, se o regime de bens do casamento fosse a separação de bens, não havia lugar à partilha, pois não existiam bens comuns do casal. Por outro lado, se os cônjuges casaram no regime da comunhão de adquiridos, a partilha já se realizava segundo o regime imposto por aquele preceito.

Portanto, como dissemos, o regime do artigo 1790.º apenas tinha aplicação aos casamentos celebrados no regime da comunhão geral de bens. E, neste caso, era necessário, no momento da partilha, fazer uma ponderação entre aquilo que cada um dos cônjuges receberia na partilha segundo o regime da comunhão geral de bens (regime de bens do casamento) e de acordo com o regime da comunhão de adquiridos. E a partilha seria feita segundo o regime que fixasse ao cônjuge único ou principal culpado menor meação (ou seja, que, em concreto, penaliza esse cônjuge) e, conseqüentemente, que fosse mais favorável ao cônjuge inocente ou menos culpado.

Em segundo lugar, o cônjuge declarado único ou principal culpado perdia todos os benefícios recebidos ou que estivesse para receber do outro cônjuge ou de terceiro, em vista do casamento ou em consideração do estado de casado, quer a estipulação fosse anterior quer posterior à celebração do casamento (artigo 1791.º, n.º 1 do CC, na sua redacção anterior). Ao invés, o cônjuge inocente ou que não fosse o principal culpado

¹²⁵ Criticando este regime, por considerar “chocante a referência à culpa ou inocência dos cônjuges” neste âmbito, cfr. Leite de Campos, *Lições...*, cit., pp. 306 e ss.

¹²⁶ Neste sentido, cfr. Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira, *Curso...*, cit., p. 672, Teixeira de Sousa, *O regime...*, pp. 113 e 121, França Pitão, *Legislação...*, cit., p. 99, Rita Lobo Xavier, *Limites à autonomia privada na disciplina das relações patrimoniais entre os cônjuges*, Almedina, 2000, p. 405, e Esperança Pereira Mealha, *Acordos conjugais para partilha dos bens comuns*, Almedina, 2009, p. 81. Em sentido contrário, cfr. Pires de Lima e Antunes Varela, *CC anotado*, vol. IV ..., p. 562 (“Seja qual for o regime de bens convencionado ou aplicado por força da lei, esse cônjuge [declarado como único ou principal culpado do divórcio] não pode receber na partilha mais do que lhe pertenceria, se o casamento tivesse sido celebrado segundo o regime da comunhão de adquiridos.”)

¹²⁷ Neste sentido, cfr. Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira, *Curso...*, cit., pp. 672 e ss., Teixeira de Sousa, *O regime...*, cit., pp. 113-114 e 121, França Pitão, *Legislação...*, cit., p. 99, Rita Lobo Xavier, *Limites...*, cit., p. 405, Pires de Lima e Antunes Varela, *CC anotado*, vol. IV ..., cit., p. 562, e Esperança Pereira Mealha, *Acordos...*, cit., p. 81.

conservava todos os benefícios recebidos ou a receber do outro cônjuge ou de terceiro, ainda que tivessem sido estipulados com cláusula de reciprocidade. Porém, podia renunciar a esses benefícios por declaração unilateral de vontade, mas havendo filhos do casamento, a renúncia só era permitida em favor destes; não os havendo, a renúncia podia ser feita a favor de qualquer pessoa, mesmo do cônjuge único ou principal culpado (n.º 2 do mencionado artigo).

Compreendiam-se nesses “benefícios” as doações entre cônjuges, entre vivos ou *mortis causa*, em vista do casamento ou na constância do matrimónio, as deixas testamentárias em forma de legado ou de instituição de herdeiro, e os benefícios de terceiro em vista do casamento ou em consideração do estado de casado.

É de sublinhar que, caducavam também, por força do disposto no artigo 1760.º, n.º 1, alínea b) do CC, as doações para casamento se ocorresse o divórcio por culpa exclusiva ou principal do donatário, e estabelecia o n.º 2 desse mesmo preceito que, se a doação tivesse sido feita por terceiro a ambos os esposados ou os bens doados tivessem entrado na comunhão, e um dos cônjuges fosse declarado único ou principal culpado no divórcio, a caducidade atingia apenas a parte deste. Por outro lado, nos termos do artigo 1766.º, n.º 1, al. c) do CC, caducavam as doações entre casados, ocorrendo divórcio por culpa do donatário, se este fosse considerado único ou principal culpado.

As mencionadas normas dos artigos 1790.º e 1791.º do CC eram verdadeiras “sanções” que a lei aplicava ao cônjuge declarado único ou principal culpado no divórcio.

Em terceiro lugar, tinha direito a alimentos, em caso de divórcio¹²⁸, o cônjuge não considerado único culpado ou, quando houvesse culpa de ambos, não declarado principal culpado na sentença de divórcio, caso este tivesse sido decretado com fundamento em violação culposa dos deveres conjugais, em separação de facto ou em ausência (artigo 2016.º, n.º 1, alínea a) do CC, na sua redacção anterior¹²⁹). De referir que também tinha direito a alimentos, o cônjuge réu, se o divórcio tivesse sido decretado com fundamento na

¹²⁸ Sobre a divergência acerca da natureza do direito à prestação de alimentos, em caso de divórcio, na doutrina nacional e estrangeira (parte defende a natureza meramente alimentar desse direito; outra parte, defende a sua natureza indemnizatória ou compensatória; e há ainda quem considere ter carácter misto), *vide* Ângela Cerdeira, *Da responsabilidade civil dos cônjuges entre si*, Coimbra Editora, 2000, cit., pp. 160 e ss.

¹²⁹ É de notar que, o legislador ter-se-á esquecido de alterar a redacção desta alínea a) do art. 2016.º, n.º 1, em conformidade com a alteração introduzida pela Lei n.º 47/98, ao artigo 1781.º, pelo que, teremos de fazer uma interpretação correctiva: onde se lê “alíneas a) ou b) do art. 1781.º” deverá ler-se “alíneas a), b) e d) do (anterior) art. 1781.º”.

alteração das faculdades mentais (al. b)), bem como qualquer dos cônjuges, se ambos tivessem sido considerados igualmente culpados no divórcio litigioso (al. c)).

Porém, a título excepcional, podia o tribunal, por motivos de equidade, conceder alimentos ao ex-cônjuge que a eles não tinha direito, atendendo, em particular, à duração do casamento e à colaboração por ele prestada à economia do casal, nos termos do artigo 2016.º, n.º 2 do CC, na sua redacção anterior.

Na fixação do montante dos alimentos entre ex-cônjuges, o tribunal deveria tomar em conta, em cada caso concreto, as necessidades do que os recebesse e as possibilidades do que os prestasse, nos termos do artigo 2016.º, n.º 3, do CC, na sua redacção anterior, o que já resultaria da regra geral do artigo 2004.º do CC. Naquele n.º 3 enumeravam-se algumas circunstâncias exemplificativas que deveriam ser ponderadas para determinar o “*quantum*” dos alimentos e continha uma recomendação geral no sentido de que todos os factores relevantes deviam ser tomados em consideração.¹³⁰

Quanto às necessidades do credor de alimentos, o artigo 2004.º, n.º 2 do CC mandava (e manda) atender “à possibilidade de o alimentando prover à sua subsistência”. Porém, esta norma revela-se desnecessária, pois isso já resultaria da aplicação do n.º 1 do mesmo preceito.

Discutia-se no quadro do regime anterior, quanto à medida da obrigação de alimentos, a questão de saber se o ex-cônjuge credor de alimentos apenas tinha direito ao que fosse indispensável para o seu “sustento, habitação e vestuário”, nos termos do artigo 2003.º, n.º 1 do CC, ou se tinha direito ao necessário para garantir o mesmo padrão de vida de que beneficiava durante o casamento, oscilando a doutrina e a jurisprudência entre estas duas orientações.¹³¹ Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira¹³² optavam por uma posição

¹³⁰ Cfr. Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira, *Curso...*, cit., p. 698.

¹³¹ Sufragando o entendimento de que o ex-cônjuge tinha direito a manter o mesmo padrão de vida de que beneficiava na constância do casamento, cfr. Vaz Serra, Anotação ao acórdão do STJ de 21 de Junho de 1968, *RLJ*, ano 102, 1969-1970, Coimbra Editora, pp. 262 e ss., L. P. Moitinho de Almeida, “Os alimentos no Código Civil de 1966”, *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 28, 1968, Lisboa, p. 98, Maria João Romão Carreiro Vaz Tomé, “O direito à pensão de reforma enquanto bem comum do casal”, *Boletim da Faculdade de Direito, Svdia Iuridica*, 27, Coimbra Editora, 1997, pp. 319 e ss. e pp. 327 e ss. (contudo, esta autora entende que as circunstâncias de cada caso concreto poderiam determinar que o ex-cônjuge não tivesse direito a manter o padrão de vida do casamento), Abel Delgado, *O divórcio...*, cit. pp. 168 e ss. Em sentido contrário, defendendo a posição segundo a qual o ex-cônjuge não tinha direito a manter o nível de vida, cfr. Inocência Galvão Teles, “Alimentos”, *CJ*, ano XIII, tomo II, 1988, p. 20, Leite de Campos, *Lições...*, cit., p. 311, Ângela Cerdeira, *Da responsabilidade...*, cit., p. 163 e nota 388 e, na jurisprudência, *vide*, o acórdão do STJ, de 27 de Janeiro de 2005, processo n.º 04B4035, relator Ferreira Girão.

¹³² Cfr. Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira, *Curso...*, cit., pp. 696 e ss., apoiando o seu entendimento nos seguintes argumentos: a orientação defendida cabe na lei, desde que interpretemos o adjectivo

intermédia: o ex-cônjuge tinha direito a uma pensão de alimentos que o colocasse numa situação razoável - acima do limiar de sobrevivência, mas não exactamente correspondente ao padrão de vida (ou seja, a condição económica e social) que o casal atingira durante o casamento (um “mínimo decente”).

Por último, o cônjuge declarado único ou principal culpado, assim como o cônjuge que pediu o divórcio com fundamento em alteração das faculdades mentais do outro¹³³, deviam reparar os danos não patrimoniais causados ao outro cônjuge pela dissolução do casamento, devendo tal pedido de indemnização ser deduzido na própria acção de divórcio (artigo 1792.º do CC, na sua redacção anterior).^{134 135} É de sublinhar que, como decorre directamente do próprio texto do n.º 1 desta norma, os danos indemnizáveis eram apenas aqueles que foram causados pelo próprio divórcio, e somente os danos não patrimoniais (por exemplo, a desconsideração social que o divórcio terá trazido ao ex-cônjuge, no meio onde vive; a dor sofrida pelo cônjuge que verá destruído o seu casamento e o projecto de vida que idealizara, enfim, um conjunto de situações concretas graves que

“indispensável” do artigo 2003.º, n.º 1 de uma forma mais ampla quando o pedido de alimentos for formulado por um dos ex-cônjuges, com base numa acentuação da ideia de solidariedade pós-conjugal.

¹³³ A doutrina defende que se trata aqui de um caso de responsabilidade civil por facto lícito (cfr. Pereira Coelho, *Divórcio...*, cit., p. 49, Jorge Duarte Pinheiro, *O núcleo...*, cit., p. 650, Ângela Cerdeira, *Da responsabilidade...*, cit., p. 159).

¹³⁴ Realce-se que, não bastava que o outro cônjuge tivesse dado causa ao divórcio, a reparação dos danos não patrimoniais não nasce “*ope legis*”, pois cabe ao cônjuge lesado o ónus de alegar e provar factos (imputáveis ao cônjuge culpado) e causados ao lesado tradutores de danos morais (cfr., neste sentido, o acórdão do STJ, de 7 de Outubro de 2004, processo n.º 04B2767, relator Ferreira de Almeida, disponível em www.dgsi.pt). Em suma, refere Rodrigues Bastos, *Notas...*, cit., p. 231: “O cônjuge que pretenda ser indemnizado há-de alegar e provar: a) que sofreu um prejuízo não patrimonial efectivo; b) que houve nexo de causalidade entre esse prejuízo e a dissolução do casamento; c) que foi o outro cônjuge o único ou o principal culpado dessa dissolução”; ver, ainda, o acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 13-06-2013, processo n.º 622/08.1TMBRG.G1, relatora Rita Romeira, disponível em www.dgsi.pt. Negando o direito à indemnização por danos não patrimoniais causados pela dissolução do casamento, prevista no artigo 1792.º, n.º 1 do CC, na sua redacção anterior, em virtude de o cônjuge ré, que pediu tal indemnização, não ter cumprido o ónus que sobre si impedia de alegar e provar factos integradores de um dos pressupostos do direito a essa indemnização, a existência de culpa exclusiva ou predominante do outro cônjuge no divórcio, cfr. o acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 26-06-2008, processo n.º 1303/08-2, relator Bernardo Domingos. Também rejeitando o direito à indemnização, veja-se o acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 22-04-2010, processo n.º 568/07.0TMLS.L1-2, relatora Ana Paula Boularot, disponível em www.dgsi.pt: entendeu a Relação, a nosso ver correctamente, que, no caso, não tendo o réu (reconvinte) cumprido o ónus que sobre si impedia de concretização de todos os factos integradores dos danos que lhe foram causados pela autora com a dissolução do casamento – mas apenas alegado e provado, em termos genéricos, que tal lhe causou sofrimento -, não lhe pode ser atribuída qualquer indemnização.

¹³⁵ Era entendimento dominante na doutrina que o pedido de indemnização podia ser deduzido pelo cônjuge inocente ou menos culpado, quer fosse ele a pedir o divórcio ou não, logo, o pedido podia ser formulado em qualquer dos articulados ou em incidente próprio. Neste sentido, cfr. Ângela Cerdeira, *Da responsabilidade...*, cit., pp. 157-158, e notas de rodapé 376 e 377, Pereira Coelho, *Divórcio...*, cit., p. 49, Eva Dias Costa, *Da relevância...*, cit., p. 115, Abel Delgado, *O divórcio...*, cit., pp. 148 e ss., e na jurisprudência, o citado acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 22-04-2010. Contra, cfr. José Rosendo Dias, “Indemnizar pelo divórcio?” *Tribuna da Justiça*, n.º 5, Maio de 1985, pp. 4 e 8.

mereça a tutela do direito, em termos de sancionamento indemnizatório, de harmonia com o artigo 496.º, n.º 1 do CC).^{136 137}

Levanta-se a questão de saber se, além dos danos causados pelo próprio divórcio, podiam ser ressarcidos os danos resultantes da violação dos deveres conjugais. A este propósito, a doutrina tradicional sustentava a designada “doutrina da fragilidade da garantia” dos direitos familiares pessoais – no essencial, segundo esta teoria, a violação dos deveres conjugais tem uma sanção específica no domínio do direito da família - o divórcio -, afastando-se a aplicação do instituto geral da responsabilidade civil no âmbito dos direitos familiares pessoais.¹³⁸

Porém, ainda antes da entrada em vigor da Lei n.º 61/2008, já vários autores defendiam que os danos causados pela violação de deveres conjugais podiam ser ressarcidos nos termos gerais da responsabilidade civil.¹³⁹ Também a maioria da jurisprudência se inclinava para a interpretação do artigo 1792.º, n.º 1, do CC, na sua redacção anterior, no sentido de cobrir apenas a reparação dos danos não patrimoniais relevantes causados pela dissolução do casamento; já quanto aos danos causados pela violação culposa de deveres conjugais, quer fossem danos patrimoniais ou não patrimoniais, era entendimento pacífico que, também estes podiam dar lugar à obrigação de indemnizar, embora nos termos gerais da responsabilidade civil, devendo a indemnização ser pedida em acção autónoma.¹⁴⁰ Consequentemente a “doutrina da fragilidade da garantia” começa a ser abalada.

¹³⁶ Veja-se o ac. do STJ, de 14-11-2006, processo n.º 06A2899, relator Faria Antunes, disponível em www.dgsi.pt, que refere quais os danos indemnizáveis ao abrigo do artigo 1792.º CC, na redacção anterior.

¹³⁷ Entendendo que o mero desgosto pela ruptura da relação conjugal como projecto de vida não merece a tutela do artigo 496.º, n.º 1 do CC, cfr. o acórdão do STJ, de 8-09-2009, processo n.º 464/09.7YFLSB – 1.ª secção, relator Sebastião Póvoas, disponível em www.dgsi.pt.

¹³⁸ Neste sentido, cfr. Leite de Campos, *Lições...*, cit., 141-142, Antunes Varela, *Direito da Família...*, cit., pp. 370 e ss.

¹³⁹ Rejeitando a “doutrina da fragilidade da garantia”, e admitindo expressamente a aplicação das regras gerais da responsabilidade civil à violação dos deveres conjugais, cfr., entre outros, Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira, *Curso...*, cit., pp. 156 e ss., Hörster, A respeito da responsabilidade civil dos cônjuges entre si (ou: A doutrina da “fragilidade da garantia” será válida?), *Separata Scientia Iuridica*, tomo XLIV, n.º 253/255, 1995, pp. 113 e ss. (115), Ângela Cerdeira, *Da responsabilidade...*, cit., pp. 151 e ss., Cristina Araújo Dias, “Responsabilidade civil e direitos familiares conjugais (pessoais e patrimoniais)”, *Separata Scientia Iuridica*, T. XLIX, números 286/288, 2000, pp. 355 e ss. (em especial, pp. 359 e ss.).

¹⁴⁰ Cfr., entre outros, o citado acórdão do STJ, de 14 de Novembro de 2006, o mencionado acórdão do STJ de 7 de Outubro de 2004, o acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 22 de Abril de 2010, proc. 568/07.0TMSLB.L1-2, relatora Ana Paula Boularot, disponível em www.dgsi.pt. Note-se, porém, que, na prática, eram raras as acções de responsabilidade civil (arts. 483.º e ss. do CC), para pedir o ressarcimento dos danos, patrimoniais ou não patrimoniais, resultantes dos factos que fundamentaram o divórcio (factos ilícitos violadores de deveres conjugais) – cfr., por exemplo, o acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 1-07-2003, processo n.º 4896/2003-7, relator Pimentel Marcos, disponível em www.dgsi.pt: neste caso, foi

Voltando novamente ao artigo 1792.º do CC, na sua redacção anterior, sublinhe-se ainda que, obviamente, podia ser invocado no divórcio fundado em causas objectivas pois, como já vimos, o juiz devia apreciar e declarar a culpa dos cônjuges, quando a houvesse, mesmo no divórcio decretado com fundamento em separação de facto ou ausência. A partir desta declaração do cônjuge único ou principal culpado, ir-lhe-iam ser aplicadas as “sanções” correspondentes, designadamente, a prevista no artigo 1792.º do CC.¹⁴¹

Em suma, a lei estabelecia um conjunto de pesadas consequências patrimoniais que seriam aplicadas ao cônjuge que fosse declarado na sentença de divórcio como único ou principal culpado. Daqui decorre a relevância da declaração do cônjuge culpado nos efeitos patrimoniais do divórcio. Este regime era alvo de várias críticas por parte da nossa doutrina, sobretudo baseadas na sua excessiva rigidez¹⁴², vindo a ser radicalmente alterado com a Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro, como veremos nos capítulos seguintes.

proposta acção de responsabilidade civil, para pedir indemnização pelos danos morais causados pela violação de deveres conjugais, nomeadamente, os deveres de coabitação e fidelidade; decidiu esta Relação que, cabendo à autora demonstrar todos os pressupostos da responsabilidade civil, teria esta que alegar e provar os danos concretos resultantes da violação dos deveres conjugais por parte do réu; não há dúvida de que o cônjuge que pratica adultério e cujo facto fundamenta o divórcio, constitui-se na obrigação de indemnizar o outro cônjuge, nos termos gerais da responsabilidade civil, pelos danos que lhe haja causado, mas torna-se necessário fazer a prova desses danos, não tendo a autora logrado prová-los (esta demonstrou que o réu violou os deveres de fidelidade e coabitação, mas não demonstrou quaisquer danos resultantes da violação desses mesmos deveres; ainda alegou que se sentiu humilhada ao constatar que o marido/réu, cometia adultério, mas não logrou provar tal dano), pelo que não foi concedida a pretendida indemnização nem qualquer outra indemnização.

¹⁴¹ Cfr. Ângela Cerdeira, *Da responsabilidade...*, cit., pp. 152 e ss., Eva Dias Costa, *Da relevância...*, cit., p. 114; na jurisprudência, cfr. o supracitado acórdão do STJ, de 7.10.2004. Em sentido contrário, cfr. o acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 1 de Abril de 1982, Recurso n.º 1037, relator Ricardo António da Velha, *CJ*, ano VII, 1982, II, pp. 176 e ss.

¹⁴² Criticando o regime anterior, cfr., entre outros, Duarte Pinheiro, *O ensino...*, cit., pp. 84 e ss. e *O núcleo...*, pp. 659-661, Fidélia Proença de Carvalho, *A filosofia...*, cit., pp. 101 e ss., Leite de Campos, *Lições...*, cit., pp. 289 e ss., 306 e 307 e, ainda, Eva Dias Costa, *Da relevância...*, cit., pp. 142 e ss., em particular, pp. 145 e ss. (defendendo, no essencial, a autora que deveria ser acolhido no nosso país “um sistema em que o fundamento base do divórcio seja a ruptura irreversível da relação matrimonial (...) e no qual as consequências patrimoniais do divórcio sejam definidas por acordo entre os cônjuges e/ou com intervenção do Tribunal, ancorados em critérios de equidade”, mantendo aqui a culpa – ou a conduta culposa – dos cônjuges alguma relevância, mas já não em termos de avaliação e castigo da conduta passada, antes em critérios de *welfare*, de obtenção da melhor repartição possível dos custos pessoais e patrimoniais, para as partes envolvidas e para a sociedade, em geral, do divórcio).

Capítulo II – A Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro, e o novo regime jurídico do divórcio. As alterações registadas em torno da figura do (antigo) divórcio litigioso.

3. Os principais objectivos da Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro, de acordo com a Exposição de motivos do Projecto de Lei n.º 509/X¹⁴³:

A Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro, veio alterar profundamente o regime jurídico do divórcio português e as suas consequências, sobretudo ao nível dos efeitos patrimoniais entre ex-cônjuges.

Na génese da referida Lei, esteve o Projecto de Lei n.º 509/X. Na sua Exposição de motivos, o Projecto começa logo por afirmar que são fundamentos do casamento na nossa sociedade: a “liberdade de escolha”, a “igualdade de direitos e de deveres entre cônjuges”, a “afectividade no centro da relação”, a “plena comunhão de vida” e “a cooperação e apoio mútuo na educação dos filhos, quando os houver”.¹⁴⁴

O casamento é agora entendido como um meio de realização pessoal e familiar dos cônjuges onde “reïnham” os afectos, e quando estes cessam o cônjuge infeliz tem o direito de terminar o seu casamento.

O princípio da liberdade individual, subjacente a esta nova concepção de casamento, determina que “ninguém deve permanecer casado contra a sua vontade ou se considerar que houve quebra do laço afectivo”.¹⁴⁵ Pelo que, se um cônjuge considera que o afecto na sua relação matrimonial se esgotou, ou se for tratado de forma desigual, injusta ou atentatória da sua dignidade deve poder pôr fim ao seu casamento, mesmo sem a vontade do outro e mesmo sem a ocorrência de qualquer facto culposos do outro cônjuge.¹⁴⁶ O legislador ao consagrar o novo paradigma de divórcio aderiu a esta nova concepção do casamento, que, como se intui do que dissemos, deixou de ser encarado como um compromisso tendencialmente perpétuo ou duradouro, para passar a ser visto como um acordo de projecto de vida entre duas pessoas com vista à sua realização pessoal, em que os afectos são a base da relação. Cessando os afectos, deixa de haver fundamento para se manter o casamento.

¹⁴³ Consultável em www.parlamento.pt.

¹⁴⁴ Cfr. Projecto de Lei n.º 509/X.

¹⁴⁵ Cfr. Projecto de Lei n.º 509/X.

¹⁴⁶ Cfr. Projecto de Lei n.º 509/X.

Afirma-se na Exposição de motivos do Projecto de Lei n.º 509/X que a invocação da ruptura definitiva da vida em comum por um dos cônjuges deve ser fundamento suficiente para o decretamento do divórcio. Porém, a nosso ver, levantam-se aqui, desde logo, duas questões controversas, às quais procuraremos dar resposta adiante¹⁴⁷: a primeira é a de saber em que consiste a ruptura definitiva do casamento, conforme veio a ser consagrada na nova alínea d) do artigo 1781.º do CC pela Lei n.º 61/2008; e a segunda é a de saber se, para o decretamento do divórcio, bastará a um dos cônjuges invocar apenas a sua vontade em se divorciar, ou antes se se exigirá a alegação e a prova dos factos objectivos que exprimam essa situação de ruptura definitiva do matrimónio.

Relativamente à fundamentação ideológica do novo regime do divórcio, a Exposição de motivos menciona que se identificaram nas transformações conjugais e familiares dos portugueses “três grandes movimentos que foram ocorrendo no decurso do século XX”: a “sentimentalização”, a “individualização” e a “secularização”.¹⁴⁸

A “sentimentalização” traduz, segundo o Projecto, que para os portugueses “os afectos estão no centro da relação conjugal e na relação pais-filhos” e que são “o núcleo fundador e central da vida conjugal”. Pese embora não se pretenda negar a importância de outras dimensões da conjugalidade, como a dimensão contratual, a económica e a patrimonial, que também terão de ser tomadas em conta, mas são relegadas para um plano secundário.¹⁴⁹

Sublinha-se que “é o facto de a dimensão afectiva da vida se ter tornado tão decisiva para o bem-estar dos indivíduos que confere à conjugalidade particular relevo”, pois “sendo esta decisiva para a felicidade individual, tolera-se mal o casamento que se tornou fonte persistente de mal-estar”. Assim - continua o Projecto - “é a importância do casamento e não a sua desvalorização que se destaca quando se aceita o divórcio”, decorrendo daqui também que “importa evitar que o processo de divórcio, já de si emocionalmente doloroso, pelo que representa de quebra das expectativas iniciais, se

¹⁴⁷ Remetemos aqui para o capítulo IV da nossa dissertação.

¹⁴⁸ Em sentido crítico desta opção do Projecto, vide Rita Lobo Xavier, *Recentes alterações ao regime jurídico do divórcio e das responsabilidades parentais*, Almedina, pp. 2 e ss. Também Capelo de Sousa tece críticas à Exposição de Motivos: “(...) é manifesta a unilateralidade 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 (...)” (cfr. Rabindranath Capelo de Sousa, “Recentes alterações em direito da família, direito dos menores e direito das sucessões”, Boletim da Faculdade de Direito, vol. LXXXIX, Tomo I, Coimbra, 2013, p. 118).

¹⁴⁹ Cfr. Projecto de Lei n.º 509/X.

transforme num litígio persistente e destrutivo com medição de culpas sempre difícil senão impossível de efectivar”.¹⁵⁰

Foi este “movimento” que motivou a proposta de eliminação da culpa como fundamento do divórcio sem o consentimento do outro cônjuge, alteração que veio a ser consagrada pela Lei n.º 61/2008, aproximando assim o sistema português da maioria dos ordenamentos jurídicos europeus.

Porém, com o propósito de evitar que a abolição da culpa se traduzisse na desprotecção de situações de maior fragilidade ou desigualdade entre os cônjuges, o Projecto previu, nas consequências do divórcio, a reparação de danos, bem como a existência de créditos de compensação quando houver manifesta desigualdade de contributos dos cônjuges para os encargos da vida familiar. Veremos adiante se tal objectivo foi plenamente conseguido ou antes saiu frustrado.

Por sua vez, a “individualização”, segundo o Projecto, traduz a valorização, no seio do casamento, do bem-estar individual e familiar em detrimento das lógicas patrimoniais. Outro sinal da individualização é, ainda, a afirmação da igualdade de direitos entre homens e mulheres no âmbito do casamento.¹⁵¹ Embora se admita na própria Exposição de motivos que, no nosso país, tal igualdade não corresponde a uma igualdade de facto, sendo vários os indicadores que comprovam a desigualdade de contributos para os encargos da vida familiar, sendo geralmente as mulheres quem despence mais tempo com o cuidado dos filhos e as tarefas domésticas, e que, após o divórcio, podem ficar colocadas em desvantagem no plano financeiro face ao outro cônjuge. Foi, aliás, este facto que esteve na base da consagração do crédito de compensação, uma das grandes novidades da Reforma de 2008 no tocante aos efeitos patrimoniais do divórcio, que analisaremos adiante.

Neste contexto, o Projecto propôs três planos principais de mudança: 1) a eliminação da culpa como fundamento do divórcio sem o consentimento do outro cônjuge, tal como ocorre na maioria das legislações europeias¹⁵², e o alargamento dos fundamentos objectivos da ruptura conjugal¹⁵³; 2) a substituição do velho conceito de “poder paternal”

¹⁵⁰ Cfr. Projecto de Lei n.º 509/X.

¹⁵¹ Cfr. Projecto de Lei n.º 509/X.

¹⁵² Cfr. Katharina Boele-Woelki, Frédérique Fernad, *Principles of European Family Law Regarding Divorce and Maintenance Between Former Spouses*, Intersentia – Anwerp – Oxford, 2004, p. 55.

¹⁵³ A análise das causas de divórcio sem o consentimento de um dos cônjuges consagradas na lei n.º 61/2008, será feita, com especial cuidado, adiante, nos Capítulos III e IV da presente dissertação.

pelo de “responsabilidades parentais”, assumindo este como referência central, ao mesmo tempo que consagra expressamente que o exercício das responsabilidades parentais pertence a ambos os progenitores quanto às questões de particular importância para a vida do menor e, por fim, foi criminalizada a conduta do progenitor que falta ao cumprimento das suas responsabilidades parentais (artigos 249.º e 250.º do Código Penal); 3) consagra-se agora, pela primeira vez, o designado “crédito de compensação”.

O primeiro dos planos da mudança referidos é aquele que nos interessa particularmente analisar, tendo em conta o cerne da nossa dissertação.

Atente-se ainda que, o citado Projecto de Lei n.º 509/X foi aprovado pela Assembleia da República, dando origem ao Decreto da AR n.º 232/X¹⁵⁴. Instalou-se no nosso país um clima de profundo debate social, destacando-se a este propósito os pareceres da Associação Pais para Sempre e da Associação Portuguesa de Mulheres Juristas (APMJ)¹⁵⁵. O Presidente da República vetou aquele diploma e devolveu-o à Assembleia da República com uma mensagem¹⁵⁶ em que, expressando um conjunto de questões que lhe suscitavam profundas e diversas dúvidas, pedia uma nova apreciação do Decreto. A AR reapreciou o diploma, introduzindo algumas (escassas) alterações ao mesmo¹⁵⁷. O seu texto final viria a ser aprovado pelo Decreto da AR n.º 245/X¹⁵⁸, que o Presidente da República promulgou, tendo este diploma dado origem à Lei n.º 61/2008. Não obstante, o Presidente da República reforçou as suas reservas quanto ao novo regime do divórcio, na mensagem que acompanhou a promulgação¹⁵⁹, bem como em posterior comunicado¹⁶⁰, do qual destacamos os pontos que consideramos mais pertinentes:

“ 2 - (...) o novo regime jurídico do divórcio irá conduzir na prática a situações de profunda injustiça, sobretudo para aqueles que se encontram em posição de maior vulnerabilidade, ou seja, como é mais frequente, as mulheres de mais fracos recursos e os filhos menores. (...)”

¹⁵⁴ Consultável em www.parlamento.pt.

¹⁵⁵ Disponível em www.apmj.pt.

¹⁵⁶ Cfr. Mensagem do Presidente da República à Assembleia da República referente ao diploma que altera o regime jurídico do divórcio, de 20-08-2008, consultável em www.presidencia.pt.

¹⁵⁷ O n.º 2 do artigo 1676.º (regime dos créditos de compensação) foi alterado, e, por outro lado, foi eliminado o artigo 2016.º-B (que previa o princípio de duração limitada da prestação de alimentos entre ex-cônjuges).

¹⁵⁸ Consultável em www.parlamento.pt.

¹⁵⁹ Consultável em www.presidencia.pt.

¹⁶⁰ Consultável em www.presidencia.pt.

7 - Para mais, o diploma em causa, incluindo a alteração agora introduzida no artigo 1676.º do Código Civil, padece de graves deficiências técnico-jurídicas e recorre a conceitos indeterminados que suscitam fundadas dúvidas interpretativas, dificultando a sua aplicação pelos tribunais e, pior ainda, aprofundando situações de tensão e conflito na sociedade portuguesa.

8 – Por fim, ao invés de diminuir a litigiosidade, tudo indicia que o novo diploma a fará aumentar, transferindo-a para uma fase ulterior, subsequente à dissolução do casamento, com consequências especialmente gravosas para as diversas partes envolvidas, designadamente para as que cumpriram os deveres conjugais e para as que se encontram numa posição mais fragilizada, incluindo os filhos menores.”

Concluiremos adiante se serão fundadas ou não tais preocupações, assim como se se vieram a revelar justas as citadas críticas ao novo regime do divórcio.

4. As principais alterações operadas pela Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro, em torno do (antigo) divórcio litigioso:

A figura do (antigo) divórcio litigioso foi alvo de relevantes alterações pela Lei n.º 61/2008, sendo estas as que principalmente nos interessam analisar, tendo em conta o tema da nossa dissertação.

4.1. Mudança de terminologia:

Refira-se, em primeiro lugar, a mudança da terminologia, inspirada nos trabalhos da Comissão sobre Direito da Família Europeu (CEFL)¹⁶¹: substituiu-se a clássica expressão “divórcio litigioso” pela expressão “divórcio sem o consentimento de um dos cônjuges”. Quanto a esta mudança de designação, obviamente que se poderia objectar à mesma o facto de, na essência o divórcio sem o consentimento do outro cônjuge continuar a ser um divórcio litigioso, uma vez que tem subjacente uma acção judicial proposta por um dos cônjuges contra o outro, com fundamento numa determinada causa prevista na lei, carece de produção de prova e é decretado pelo juiz.¹⁶² Não obstante, a nosso ver, faz todo

¹⁶¹ Cfr. Boele-Woelki, *Principles...*, cit., pp. 24 e 51.

¹⁶² Neste sentido, cfr. Amadeu Colaço, *Novo regime do divórcio*, 2ª edição, revista e actualizada, Coimbra, Almedina, 2009, p. 60; igualmente, e inclusive criticando a substituição da expressão “divórcio litigioso”

o sentido a modificação da terminologia deste instituto, enquadrando-se na lógica subjacente ao novo regime do divórcio de eliminação de qualquer referência a culpa e a litígio.¹⁶³

4.2. A eliminação da culpa como fundamento do divórcio:

A nova lei do divórcio abandonou a culpa como fundamento do divórcio sem o consentimento de um dos cônjuges, seguindo a linha da tendência europeia e foi fortemente influenciada pelos Princípios de Direito da Família Europeu (PEFL), elaborados pela CEFL. Deixa, assim, de existir a modalidade de divórcio litigioso baseado na violação culposa dos deveres conjugais.¹⁶⁴

Como consequência da abolição das causas subjectivas do divórcio litigioso, eliminou-se a figura da exclusão do direito ao divórcio prevista no artigo 1780.º do CC, na redacção anterior – figura do perdão -, e foi ainda revogado o artigo 1786.º do CC, na redacção anterior, deixando de existir o prazo de caducidade de 2 anos previsto à luz do anterior regime do divórcio.

Por sua vez, reformularam-se as causas objectivas do divórcio sem consentimento de um dos cônjuges, enumeradas no actual artigo 1781.º do Código Civil, encurtando-se para um ano os prazos de relevância dessas causas e introduzindo-se uma cláusula geral objectiva (alínea d)).

Assim, verifica-se que o novo regime jurídico do divórcio português abandonou definitivamente a concepção do divórcio-sanção, tendo consagrado, a nosso ver, um sistema misto de divórcio-remédio e divórcio-constatação da ruptura do casamento, como explicaremos melhor adiante.

É o preenchimento da cláusula geral da alínea d) do artigo 1781.º do CC que constitui o ponto-chave da nossa dissertação, pelo que estudaremos desenvolvidamente no

pela denominação “divórcio sem consentimento de um dos cônjuges”, cfr. Capelo de Sousa, *Recentes Alterações...*, cit., p. 120 e nota 6.

¹⁶³ Em sentido idêntico, Guilherme de Oliveira, “A nova lei do divórcio”, *Lex Familiae*, Revista Portuguesa de Direito da Família, ano 7, n.º 13, Coimbra Editora, 2010, pp. 12 e ss.: “A mudança de designação (...) apenas pretende acompanhar a tendência no sentido de desdramatizar o divórcio, tanto quanto o afastamento da designação antiga – “divórcio litigioso” – pode contribuir para isso”.

¹⁶⁴ Contra esta alteração, defendendo que não se compreende que a nova lei do divórcio tenha rejeitado a noção de culpa como fundamento de divórcio litigioso, cfr. Capelo de Sousa, *Recentes Alterações...*, cit., p. 120, nota 6.

Capítulo IV. Antes, no capítulo III, faremos também um estudo mais desenvolvido acerca dos outros fundamentos objectivos do divórcio sem o consentimento de um dos cônjuges.

4.3. A eliminação da culpa nos efeitos do divórcio:

Como corolário da eliminação da culpa como fundamento do divórcio aboliu-se a declaração do cônjuge único ou principal culpado. Ora, não podendo o juiz determinar e graduar as culpas dos cônjuges para efeitos da declaração de culpa, logicamente que foi também eliminada a culpa nos efeitos do divórcio. Esta alteração notou-se particularmente nas consequências patrimoniais do divórcio, tendo sido eliminadas as “sanções” patrimoniais acessórias aplicadas na lei anterior ao cônjuge declarado único ou principal culpado.

Vejamus então quais são os efeitos patrimoniais do divórcio ao abrigo da Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro.

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 (novo artigo 1790.º do CC), ainda que o regime de bens do casamento convencionado tivesse sido a comunhão geral de bens, ou um outro regime misto mais próximo da comunhão geral do que da comunhão de adquiridos.¹⁶⁵ Subjacente ao novo regime da partilha, em caso de divórcio, está – segundo se refere na Exposição de motivos do Projecto de Lei n.º 509/X - o propósito de evitar que “o divórcio se torne um meio de adquirir bens, para além da justa partilha do que se adquiriu com o esforço comum na constância do matrimónio, e que resulta da partilha segundo a comunhão de adquiridos” e de afastar o regime anterior que “aproveita o ensejo para premiar um inocente e castigar um culpado”. Entendemos que esta última afirmação é incorrecta, pois se efectivamente no regime anterior se sancionava ou penalizava o cônjuge único ou principal culpado no divórcio, na partilha, já não podemos concordar que se “premiava um inocente”; visava-se era não prejudicar esse cônjuge inocente ou menos culpado.

¹⁶⁵ Note-se que, o actual regime da partilha, em caso de divórcio, é diferente do regime da partilha por morte, sendo esta última feita de acordo com o regime de bens do casamento convencionado.

Todavia, a nova redacção do artigo 1790.º do CC¹⁶⁶ suscitou grande divergência na nossa doutrina, sendo alvo de duras críticas por parte de alguns conceituados autores.¹⁶⁷ Dentre essas críticas destacam-se as que exporemos de seguida. Por um lado, podemos estar perante situações em que o cônjuge materialmente responsável pelo falhanço da sua relação matrimonial (inclusive o que violou culposamente deveres conjugais) é aquele que levou mais bens para o casamento e adquiriu mais bens a título gratuito ao longo do mesmo, sendo casado no regime de comunhão geral, pede o divórcio, e não só o obtém, como, efectuada a partilha segundo o regime da comunhão de adquiridos, ainda sai favorecido face ao outro cônjuge, isto é, enriquecido relativamente a uma partilha feita no regime convencionado.¹⁶⁸ Por outro lado, o novo regime da partilha por divórcio contende com o princípio da autonomia da vontade dos cônjuges firmada a montante do casamento, fazendo a lei “letra morta” da liberdade que é concedida pelo legislador aos cônjuges na opção pelo regime legal de bens do casamento convencionado (artigo 1698.º do CC).^{169 170}

Por sua vez, em caso de divórcio, o artigo 1791.º do CC prevê que cada um dos cônjuges perde todos os benefícios recebidos ou que haja de receber do outro cônjuge ou de terceiro¹⁷¹, em vista do casamento ou em consideração do estado de casado, quer a

¹⁶⁶ Concordando com a opção da Lei n.º 61/2008, no que toca ao regime da partilha dos bens comuns, cfr. Guilherme de Oliveira, *A nova lei...*, cit., pp. 17 e ss.

¹⁶⁷ Em geral, cfr. Rita Lobo Xavier, *Recentes alterações...*, cit., pp. 33 e ss., Cristina Araújo Dias, *Uma análise do novo regime jurídico do divórcio*, 2.ª ed., Almedina, 2009, p. 27, Hörster, *A responsabilidade civil...*, cit., pp. 104 e ss., e Capelo de Sousa, *Recentes alterações...*, cit., pp. 132 e ss.

¹⁶⁸ Cfr., entre outros, Rita Lobo Xavier, *Recentes alterações...*, cit., pp. 33 e ss., Cristina Dias, *Uma análise...*, cit., p. 27, Hörster, *A responsabilidade civil...*, cit., pp. 104 e ss. *Vide*, ainda, a posição de Capelo de Sousa, *Recentes alterações...*, cit., pp. 133 e ss. e nota de rodapé n.º 14 da p. 133, defendendo que o regime da partilha, em caso de divórcio, estava correcto à luz do regime anterior à Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro, porque impedia que o cônjuge declarado único ou principal culpado viesse a “ganhar” ou a “retirar benefícios” com o divórcio, causando-o e requerendo-o ele próprio, pelo que se justificava a redacção anterior do artigo 1790.º como um meio de não desfavorecer o cônjuge inocente; todavia, o artigo 1790.º do CC, na redacção actual, é, na opinião do autor, injusto, ao impor em todos os casos a partilha no regime da comunhão de bens adquiridos, pois desfavorece o cônjuge inocente em benefício do cônjuge que causou a ruptura, traduzindo-se – socorrendo-nos aqui das suas palavras –, em certos casos, o actual regime em “um meio de premiar o cônjuge culpado e de o incentivar ao divórcio”.

¹⁶⁹ Cfr. Cristina Dias, *Uma análise...*, cit., pp. 26 e ss.

¹⁷⁰ Defende Amadeu Colaço, *Novo regime...*, cit., p. 76, que, face à eliminação da apreciação da culpa no divórcio e consequente eliminação da declaração do cônjuge único ou principal culpado, a melhor solução seria a revogação do artigo 1790.º do CC. Diferentemente, na opinião de Hörster, a solução adequada seria substituir o regime supletivo da comunhão de adquiridos, “consequente e coerentemente, por um regime (mitigado?) da separação de bens”, em harmonia com a nova concepção do divórcio (cfr. Hörster, *A responsabilidade civil...*, cit., p. 105).

¹⁷¹ Defende Cristina Dias, *Uma análise...*, cit., p. 24, que, tratando-se de doação de terceiro a um cônjuge, o artigo 1791.º parece atentar contra o princípio da autonomia privada e da liberdade contratual. Também contra a solução do artigo 1791.º, n.º 1 do CC, na hipótese de o benefício provir de um terceiro, por atentar contra a autonomia privada, cfr. Hörster, *A responsabilidade civil...*, cit., p. 103.

estipulação seja anterior quer posterior à celebração do casamento.¹⁷² Ou seja, a nova lei optou pela caducidade dos benefícios atribuídos a ambos os cônjuges. Caiu a declaração de culpa, pelo que não se pode distinguir entre cônjuge culpado e cônjuge inocente, afastando-se também aqui logicamente o propósito de castigar um culpado e de beneficiar um inocente.¹⁷³ Contudo, o n.º 2 do referido preceito estabelece que “o autor da liberalidade pode determinar que o benefício reverta para os filhos do casamento”. Este n.º 2 parece semelhante à solução da lei anterior, porém não o é, porque enquanto na lei anterior a transmissão das vantagens para os filhos do casal assentava na renúncia do titular, na nova lei tal transmissão é pretendida pelo autor da liberalidade.

Note-se que, há uma incompatibilidade entre o que consta nos artigos 1760.º, n.º 1, alínea b) e n.º 2, e 1766.º, n.º 1, alínea c), nos quais se mantém a referência à culpa, e o novo artigo 1791.º do CC. Parece-nos que o legislador se terá esquecido de corrigir e harmonizar as normas destes preceitos, retirando as referências à culpa, expurgada do divórcio pela Reforma de 2008.¹⁷⁴

Outra alteração a destacar – que, aliás, constitui uma marca estruturante essencial da Reforma de 2008 - traduz-se na consagração legal do designado crédito de compensação previsto no artigo 1676.º, n.º 2 do CC. Dispõe o referido preceito o seguinte: “Se a contribuição de um dos cônjuges para os encargos da vida familiar for consideravelmente superior ao previsto no número anterior, porque renunciou de forma excessiva à satisfação dos seus interesses em favor da vida em comum, designadamente à sua vida profissional, com prejuízos patrimoniais importantes, esse cônjuge tem direito de exigir do outro a correspondente compensação”^{175 176}.

Subjacente a esta alteração esteve o seguinte objectivo: “(...) o trabalho realizado pelas mulheres no contexto familiar, hoje acumulado com o trabalho que desempenham no

¹⁷² A favor desta nova solução, cfr. Rita Lobo Xavier, *Recentes alterações...*, cit., p. 36.

¹⁷³ Criticando a solução do artigo 1791.º do CC, na sua redacção actual, e sustentando que seria melhor solução aquela segundo a qual cada um dos cônjuges manteria como seus os benefícios já recebidos em vista do casamento ou em consideração do estado de casado, excepto os recebidos pelo outro cônjuge – ressalva que se justifica em virtude da regra da livre revogabilidade das doações entre casados (artigo 1765, n.º 1 do CC), perdendo apenas aqueles que haja de receber do outro cônjuge ou de terceiro, em vista do casamento ou em consideração do estado de casado, vide Amadeu Colaço, *Novo regime...*, cit., pp. 93 e ss.

¹⁷⁴ Duarte Pinheiro, *O Direito da Família...*, cit., pp. 557 e 648, defende a revogação tácita dessas normas.

¹⁷⁵ Alteração esta que, à luz do regime anterior do divórcio, era já defendida por Guilherme de Oliveira, “Dois numa só carne”, *Lex Familiae*, ano 2, n.º 3, 2005, pp. 10 e ss.

¹⁷⁶ A nova lei pôs assim termo à presunção legal de renúncia, *juris tantum*, ao direito de exigir do outro cônjuge uma compensação, que vigorava no regime anterior (cfr. o artigo 1676.º, n.º 2 do CC, na sua redacção anterior).

exterior, não é valorizado no contexto do casamento e permanece ainda mais invisível quando surge o divórcio. Ora, o reconhecimento da importância decisiva para as condições de vida e equilíbrio da vida familiar dos contributos da chamada esfera reprodutiva, isto é, dos cuidados com os filhos e do trabalho doméstico, é uma aquisição civilizacional recente que carece ainda de ser verdadeiramente incorporada, quer na realidade quotidiana, quer na percepção política e jurídica. (...) É por ter em consideração esta falta de reconhecimento e as assimetrias que lhes estão implícitas, que o projecto apresentado estabelece, nas consequências do divórcio, a possibilidade de atribuição de créditos de compensação, sempre que se verificar assimetria entre os cônjuges nos contributos para os encargos da vida familiar. (...) 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» (...).¹⁷⁷

Daqui resulta que o propósito do legislador foi consagrar o direito de crédito de compensação ao ex-cônjuge que contribuiu de forma consideravelmente superior ao que lhe era devido para os encargos da vida familiar na pendência do casamento, porque renunciou de forma excessiva à satisfação dos seus interesses a favor da vida em comum, designadamente à sua vida profissional e se dedicou ao trabalho doméstico e ao cuidado dos filhos, e que, após o divórcio e por causa deste, ficou numa situação de desvantagem económica em relação ao outro ex-cônjuge.

Todavia, apesar de admitirmos ser positiva a intenção do legislador, pensamos que não foi a mesma transposta adequadamente para a nova redacção do artigo 1676.º, números 2 e 3 do CC. O n.º 2 do referido preceito suscita muitas dúvidas de interpretação e dificuldades na sua aplicação prática. Recorre-se a diversos conceitos indeterminados, a saber: a contribuição do cônjuge “for consideravelmente superior”; “renunciou de forma excessiva”; e “com prejuízos patrimoniais importantes”. A nossa doutrina¹⁷⁸ tem vindo a dar valiosos contributos que poderão auxiliar na concretização destes conceitos jurídicos indeterminados. O mesmo já não se poderá dizer em relação à jurisprudência, que parece manter muitas reservas quanto a este novo crédito de compensação.

¹⁷⁷ Cfr. o Projecto de Lei n.º 509/X.

¹⁷⁸ Veja-se, em geral, entre outros, Guilherme de Oliveira, *A nova lei...*, cit., pp. 19 e ss., Tomé d’Almeida Ramião, *O divórcio...*, cit., pp. 104 e ss., Cristina Dias, *Uma análise...*, cit., pp. 67 e ss., Rita Lobo Xavier, *Recentes alterações...*, cit., pp. 48 e ss., e Amadeu Colaço, *Novo regime...*, cit., pp. 82 e ss.

Os pressupostos cumulativos do referido crédito de compensação, tal como está actualmente consagrado no artigo 1676.º, n.º 2 do CC, resumem-se nos seguintes:

O primeiro requisito é o de que a contribuição de um dos cônjuges para os encargos da vida familiar tem de ser consideravelmente superior à que lhe era exigida, juízo que pertencerá ao juiz em cada caso concreto. Ora, aqui a doutrina é unânime ao considerar que é necessário que essa contribuição de um dos cônjuges seja excessiva, isto é, que supere consideravelmente a contribuição que lhe era exigida nos termos do artigo 1676.º, n.º 1 do CC. Porém, não é simples determinar quando é que está preenchido este requisito. Certamente o estará no caso de um dos cônjuges (geralmente a mulher), durante o casamento sempre realizou todas as tarefas domésticas e cuidados dos filhos cumulativamente com o exercício de uma actividade profissional remunerada, contribuindo para os encargos da vida familiar por essas duas formas.

O segundo requisito é o de que essa contribuição consideravelmente superior seja causada por uma renúncia excessiva por esse cônjuge à satisfação dos seus interesses pessoais em favor da vida em comum do casal, designadamente à sua vida profissional. Consagra-se, assim, uma referência clara, embora não explícita, ao trabalho doméstico.¹⁷⁹ Parece-nos evidente, e neste sentido se tem inclinado a nossa doutrina, que estão aqui compreendidas quer as situações em que o cônjuge deixou o emprego que mantinha para se dedicar exclusivamente ao trabalho doméstico e ao cuidado dos filhos (e também as situações de renúncia parcial ao exercício de uma profissão remunerada, por exemplo, o abrandamento do progresso na carreira profissional)^{180 181}, quer aquelas outras em que o cônjuge cumulou o trabalho doméstico com o trabalho remunerado fora do lar. A utilização da expressão “designadamente” pelo legislador deixa a “porta aberta” à inclusão de outras situações para além da renúncia à vida profissional.

Questão controversa é a de saber se haverá renúncia à vida profissional, para efeitos de atribuição do crédito de compensação, quando, por exemplo, o cônjuge mulher, que realizou o trabalho doméstico excessivamente durante o casamento, nunca exerceu

¹⁷⁹ Assim, Cristina Dias, *Uma análise...*, cit., p. 67.

¹⁸⁰ Entendimento sustentado por Rita Lobo Xavier, *Recentes alterações...*, cit., p. 48.

¹⁸¹ Concordamos aqui com a posição de Rita Lobo Xavier, *Recentes alterações...*, cit., p. 56, defendendo que “a renúncia (total ou parcial) ao exercício de uma profissão remunerada será sempre “excessiva” perante uma situação de divórcio, já que foi motivada por um projecto de vida em comum que, no fundo, constituía uma contrapartida desse “investimento””.

uma profissão remunerada, nem tem habitações escolares ou profissionais para tal.¹⁸² Quanto a nós, entendemos que, apesar de não estar expressamente consagrada no artigo 1676.º, n.º 2 do CC esta hipótese – aliás a letra da lei indicia até estar excluída -, também neste caso, após o divórcio, deve o ex-cônjuge ter direito ao crédito de compensação, pois “renunciou” no sentido de que abdicou de exercer uma possível profissão, tenha ou não habilitações, abdicou, pelo menos, de “tentar” dedicar-se a uma eventual profissão, de acordo com as suas aptidões, em benefício da vida em comum, devendo tal considerar-se suficiente para que lhe fosse atribuído o crédito de compensação, se verificados todos os restantes requisitos. No fundo, o ex-cônjuge abdicou de uma eventual actividade profissional, da sua realização pessoal, em prol do casamento e da família, certamente daí decorrendo prejuízos patrimoniais, uma vez decretado o divórcio. Pensamos que o que conta é a intenção do legislador, e parece-nos que esta terá sido a de tutelar também esta situação.

O último pressuposto é o de que a renúncia excessiva a favor da vida em comum tenha causado prejuízos patrimoniais importantes ao ex-cônjuge renunciante. A lei exige, por um lado, que haja umnexo causal entre a renúncia e os prejuízos e, por outro, que esses prejuízos não sejam bagatelares, têm de ser prejuízos patrimoniais significativos. Ora, não é fácil apreciar se um prejuízo patrimonial é ou não “importante” para este efeito. Sublinhe-se, ainda, que o legislador, na norma do artigo 1676.º, n.º 2 do CC, é expresse, apenas refere os prejuízos patrimoniais, logo, se a renúncia causar um dano não patrimonial, por mais significativo que este seja, o ex-cônjuge não tem direito ao crédito de compensação.

Quanto ao momento da exigibilidade do crédito compensatório, temos a norma do n.º 3 do artigo 1676.º do CC, que dispõe que o crédito de compensação “só é exigível no momento da partilha dos bens do casal, a não ser que vigore o regime da separação”. Tal norma padece de uma deficiente técnica legislativa, ocasionando várias dificuldades na sua delimitação e, nessa sequência, suscitou críticas na doutrina e dificuldades quanto à sua aplicação pela jurisprudência. Mais uma vez entendemos que o legislador não conseguiu plasmar na lei a sua intenção revelada na Exposição de motivos.

Entre os problemas que a norma levanta, destacam-se, sobretudo, os seguintes: a sua inserção sistemática no âmbito dos deveres conjugais e dos efeitos do casamento, em

¹⁸² Cfr. Cristina Dias, *Uma análise...*, cit., p. 69.

vez de estar integrada na subsecção dos efeitos do divórcio; a previsão de que o crédito de compensação “só é exigível no momento da partilha dos bens do casal” poderá levar à interpretação de que tal crédito é exigível durante o casamento, uma vez que pode ocorrer partilha sem haver divórcio, em certas situações; finalmente, a ressalva do regime da separação de bens na parte final do preceito é duvidosa, pois leva a questionar se com ela se pretende excluir o direito de crédito de compensação aos cônjuges casados no regime de separação de bens, ou se nesse regime é exigível a todo o tempo, ou seja, também na constância do casamento.¹⁸³

Não nos competindo desenvolver esta matéria, por não constituir o cerne da nossa dissertação, sempre diremos que, na nossa opinião, a solução daquelas questões terá de buscar-se essencialmente na intenção do legislador, vertida na Exposição de motivos.

Efectivamente, da Exposição de motivos não resulta que tenha sido a vontade do legislador afastar a atribuição do crédito de compensação aos cônjuges casados no regime de separação de bens mas, ao invés, parece-nos que foi a de atribuí-lo qualquer que seja o regime de bens do casamento, não havendo razão para a diferenciação entre regimes de bens na norma em causa, até mesmo em obediência ao princípio da igualdade dos cônjuges.¹⁸⁴

Por outro lado, entendemos que, não pode ser outra a interpretação do referido n.º 3 do artigo 1676.º do CC senão a de enquadrar o crédito de compensação como um dos efeitos patrimoniais do divórcio, e como tal só pode ser exigido após o divórcio. Terá sido esta a vontade do legislador, pois tal resulta claramente da Exposição de motivos, embora a mesma não ficasse plasmada na lei. Reforça ainda esta leitura o facto de não decorrer de qualquer norma, nem do próprio n.º 3, que o crédito de compensação possa ser exigido durante o casamento. Acresce que, só com a dissolução do casamento, seja em que regime for, se pode apurar se há ou não direito de crédito de compensação, pois só nesse momento, se conseguem ponderar as contribuições prestadas por cada um dos ex-cônjuges para os encargos da vida familiar na constância do casamento, e perceber-se se um deles sofreu um prejuízo patrimonial relevante, com a sua contribuição consideravelmente

¹⁸³ Cfr. Cristina Dias, *Uma análise...*, cit., pp. 73 e ss.

¹⁸⁴ Veja-se o acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 14-4-2011, Processo n.º 2604/08.4TMSB-A.L1-2, relatora Teresa Albuquerque, e o acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 18-10-2011, processo n.º 1681/09.5TBBCL.G1, relator José Barros, ambos disponíveis em www.dgsi.pt; e na doutrina, cfr. Cristina Dias, *Uma análise...*, cit., pp. 73 e ss., Rita Lobo Xavier, *Recentes alterações...*, cit., pp. 53 e ss., Amadeu Colaço, *Novo regime...*, cit., pp. 88 e ss.

superior para tais encargos, por ter renunciado de forma excessiva à satisfação dos seus interesses em favor da vida em comum, designadamente à sua vida profissional e se ter dedicado ao trabalho doméstico e educação dos filhos, tendo direito a ser compensado.¹⁸⁵ Portanto, só após o divórcio se consegue verificar se estão preenchidos os pressupostos para a atribuição do crédito de compensação.

Completamos a análise desta matéria com o reforço da ideia de que, o novo crédito de compensação do direito português ficou aquém da intenção que o legislador revelou na Exposição de motivos, contendo várias imprecisões e “arestas por limar”, o que poderá vir a conduzir, na prática, a soluções injustas, como por exemplo a negação da sua atribuição ao ex-cônjuge que fica numa posição mais frágil no divórcio. Pensamos que o que ficou exposto anteriormente possa ser justificativo do facto de, na prática, os tribunais portugueses ainda não darem muita guarida a este crédito de compensação. Aliás, de uma análise da nossa jurisprudência, somos de concluir que em Portugal a aplicação do crédito de compensação previsto no artigo 1676.º, n.º 2 do CC, é deixada para segundo plano, encontrando-se apenas jurisprudência a atribuir uma pensão de alimentos a ex-cônjuge, próximo efeito do divórcio que analisaremos.

Quanto ao regime jurídico da obrigação de alimentos entre ex-cônjuges, também se registaram alterações relevantes com a Reforma de 2008.¹⁸⁶ Eliminou-se a apreciação da culpa como factor relevante para a atribuição do direito a alimentos. Temos em matéria de obrigação de alimentos entre ex-cônjuges três “travões legais”: o primeiro é o princípio da auto-suficiência (artigo 2016.º, n.º 1 do CC); o segundo é a ponderação entre as necessidades de um dos ex-cônjuges e as possibilidades de os prestar do outro (artigos 2016.º, n.º 2, 2004.º e 2016.º-A, n.º 1, todos do CC); e o terceiro são as razões manifestas de equidade, que permitem que o direito a alimentos seja negado (artigo 2016.º, n.º 3 do CC).^{187 188}

¹⁸⁵ Neste sentido, cfr. Rita Lobo Xavier, *Recentes alterações...*, cit., pp. 52 e ss., e Cristina Dias, *Uma análise...*, cit., pp. 70 e ss. (em especial, p. 77).

¹⁸⁶ As alterações em matéria de alimentos entre ex-cônjuges, operadas pela Lei n.º 61/2008, foram influenciadas pelos Princípios da CEFL – 2.1, 2.2, 2.4, 2.6 e 2.7 (cfr. Boele-Woelki, *Principles...*, pp. 73 e ss.). A exceção é o princípio 2.8 da CEFL (regra geral, o direito a alimentos deveria ser fixado por um período limitado, mas excepcionalmente, poderia ser estabelecido por um período de tempo indeterminado), que não foi acolhido pelo legislador português, não obstante estar previsto no artigo 2016º -B do Projecto de Lei n.º 509/X.

¹⁸⁷ Alexandra Viana Lopes, “Divórcio e responsabilidades parentais. Algumas reflexões sobre a aplicação do novo regime”, *Revista do CEJ*, n.º 11.º, 1.º semestre, 2009, p. 161, esclarece que, apesar de qualquer um dos cônjuges, mesmo aquele que causou a dissolução do casamento por causa ilícita imputável, ter direito de pedir alimentos, o n.º 3 do artigo 2016.º do CC estabelece um regime de correcção, ao permitir que se negue

A possibilidade de atribuir uma pensão de alimentos a um dos ex-cônjuges pretende evitar que, uma vez dissolvido o casamento e cessados os deveres de cooperação e de assistência, um deles possa vir a encontrar-se em situação de necessidade. Tem assim subjacente, entre outros fundamentos, uma ideia de “solidariedade pós-conjugal”¹⁸⁹, que tem de existir, por se ter em consideração que os cônjuges nos acordos que fazem sobre a orientação da vida em comum provavelmente decidiram que um deles exerce a actividade profissional remunerada e que o outro se dedica exclusivamente ao trabalho doméstico e ao cuidado dos filhos na constância do casamento. Este último, ao longo do casamento, contribuiu para que o outro cônjuge se pudesse dedicar inteiramente à sua vida profissional, e assim também para o aumento do património e para a obtenção do padrão de vida que o casal usufruía na constância do casamento. Após o divórcio, será muito difícil para o ex-cônjuge que se dedicou ao trabalho doméstico durante longos anos de matrimónio, (re)ingressar no mercado de trabalho - até atendendo à situação de desemprego que o nosso país atravessa -, nem terá, em princípio, direito a pensão de reforma. Assim, esse ex-cônjuge poderá ficar numa situação de necessidade, cabendo ao outro auxiliá-lo, através da prestação de uma pensão de alimentos, se tiver possibilidades para tal. A questão que se levanta é se a medida de alimentos corresponde ao mínimo indispensável à subsistência ou ao padrão de vida do casamento.

o direito a alimentos em casos de manifesta equidade; assim, pode incluir-se nessa previsão, designadamente, “os pedidos de alimentos do cônjuge que tenha obtido o decretamento do divórcio, por via ilícita, com base em factos por si praticados, lesivos dos direitos do outro cônjuge”. Em sentido semelhante, cfr. Rita Lobo Xavier, *Recentes alterações...*, cit., p. 44, que entende que tal norma se aplica quando estejam em causa “situações ligadas à conduta do ex-cônjuge necessitado, semelhantes às que a lei já refere para a cessação da obrigação alimentar, em geral, na alínea c) do artigo 2013.º e, em particular, na parte final do artigo 2019.º: quando o credor violar gravemente os seus deveres para com o obrigado, ou quando se tornar indigno do benefício pelo seu comportamento moral”. Diversamente, na posição de Tomé d’ Almeida Ramião, *O divórcio...*, cit., p. 84, com este n.º 3, o legislador permite ao juiz aplicar a norma (atribuição do direito a alimentos) com equidade, possibilitando que fosse negado o direito a alimentos ao ex-cônjuge necessitado, quando tal obrigação de alimentos implicasse um sacrifício manifesto de interesses individuais do outro ex-cônjuge.

¹⁸⁸ Maria Clara Sottomayor, *Uma análise...*, cit., p. 40, critica a redacção do artigo 2016.º, n.º 3 do CC: por um lado, “pode vir, dado o teor indeterminado da norma, a ser aplicado contra as mulheres e confere um poder discricionário ao julgador(a)”; por outro lado, “traduz, em contradição com o pensamento orientador da reforma, uma forma velada de permitir alegações de culpa, sendo importante que a jurisprudência concretize, de forma cuidadosa, esta cláusula geral”. Também no sentido de que a culpa continua, através da implementação valorativa do conceito indeterminado no artigo 2016.º, n.º 3 do CC (“razões manifestas de equidade”) a ter alguma relevância, no âmbito da obrigação de alimentos, cfr. Maria João Romão Carreiro Vaz Tomé, “Considerações sobre alguns efeitos patrimoniais do divórcio na Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro: (in)adequação às realidades familiares do século XXI?”, in Maria Clara Sottomayor e Teresa Féria de Almeida, *E foram felizes para sempre...? Uma análise crítica do novo regime jurídico do divórcio*, Coimbra Editora, 2010, p. 166.

¹⁸⁹ Cfr. Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira, *Curso...*, cit., p. 693.

É claro que, no mencionado caso, poderá haver lugar, se estiverem preenchidos todos os pressupostos do artigo 1676.º, n.º 2 do CC, à atribuição de um crédito de compensação ao ex-cônjuge que contribuiu de forma manifestamente superior para os encargos da vida familiar. Mas mesmo que fosse atribuída tal compensação a esse ex-cônjuge, isso não implicaria necessariamente que ele deixasse de ter necessidades. Assim, concordamos com Rita Lobo Xavier, segundo a qual no caso de ser atribuído o crédito de compensação mas esse ex-cônjuge continuar em situação de necessidade, nada obsta a que lhe seja também atribuída uma pensão de alimentos, claro está se o outro tivesse possibilidades para tal, podendo assim os dois institutos coexistir pacificamente.¹⁹⁰

Questão relevante é a de saber quais os critérios a que deve o tribunal atender para fixar a medida concreta dos alimentos, em cada caso. O artigo 2016.º-A, n.º 1 do CC, reafirmando os critérios fixados no artigo 2004.º do CC, dá-nos a resposta prevendo vários factores que podem ser ponderados.

Por outro lado, a nova lei contribuiu para atenuar a controvérsia existente no regime anterior quanto à medida dos alimentos, estabelecendo no novo artigo 2016.º-A, n.º 3 do CC que o ex-cônjuge não tem direito à manutenção do padrão de vida de que beneficiou na constância do casamento. Contudo, pensamos que o novo artigo 2016.º-A, n.º 3 continua a permitir duas interpretações: a posição segundo a qual a pensão de alimentos deve traduzir-se no mínimo indispensável à sua sobrevivência¹⁹¹, e a posição intermédia, de acordo com a qual a pensão de alimentos deve corresponder a uma medida “decente”, que não signifique uma descida radical do estatuto económico, mas que também não transforme o casamento num seguro de bem-estar à custa do outro ex-cônjuge (no fundo, o “quantum alimentar” deve fixar-se a “meio-caminho” entre a subsistência mínima e o padrão de vida do casamento).^{192 193} A nosso ver, resulta da correcta interpretação da

¹⁹⁰ Cfr. Rita Lobo Xavier, *Recentes alterações...*, cit., p. 55.

¹⁹¹ No sentido de que a obrigação de alimentos entre ex-cônjuges deve traduzir-se no que é indispensável ao sustento, habitação e vestuário, cfr., entre outros, o acórdão do STJ, de 20-02-2014, Processo n.º 141/10.6TMSTB.E1.S1 – 7.ª Secção, relator Granja da Fonseca, o acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 17-04-12, processo n.º 320/10.6TBTMR.C1, relatora Sílvia Pires, o acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 15-09-2011, processo n.º 11425/08.3TBVNG.P1, relator Filipe Carço, todos disponíveis em www.dgsi.pt.

¹⁹² Neste sentido, cfr. Guilherme de Oliveira, *A nova lei...*, cit., p. 30, e na jurisprudência cfr., entre outros, o acórdão do STJ, de 28-06-2012, Processo n.º 1733/05.0TBCTB.C1.S1 – 7.ª Secção, relator Távora Victor, o acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 10-07-2013, processo n.º 304/11.7TMPRT-A.P1, relatora Maria Amália Santos, ambos disponíveis em www.dgsi.pt.

¹⁹³ Contra a solução consagrada no artigo 2016.º-A, n.º 3 do CC, sustentando antes que, sempre que o devedor de alimentos tenha possibilidades económicas de manter o padrão de vida de que o ex-cônjuge credor beneficiou durante o casamento deve ser essa a medida de alimentos, pois o trabalho doméstico da

lei ser esta última a posição consagrada no referido artigo. Todavia, como veremos seguidamente, este novo regime de alimentos poderá ocasionar situações de desprotecção do cônjuge mais frágil.

Finalmente, quanto à reparação de danos, foram introduzidas alterações significativas ao artigo 1792.º do CC, comparativamente com o regime anterior.

Permaneceu inalterado o regime anterior no caso do divórcio ter sido decretado com fundamento na alteração das faculdades mentais do outro cônjuge, no actual artigo 1792.º, n.º 2 do CC. Tal opção deve-se, seguramente, ao facto de, neste caso, a ilicitude e a culpa não serem pressupostos da reparação dos danos.

A nova redacção do artigo 1792.º, n.º 1 do CC dispõe que “o cônjuge lesado tem o direito de pedir a reparação dos danos causados pelo outro cônjuge, nos termos gerais da responsabilidade civil e nos tribunais comuns”. Tal redacção levanta dúvidas e dificuldades de aplicação prática. Questiona-se, desde logo, quais são os danos indemnizáveis.

Em primeiro lugar, interroga-se se, fora da hipótese prevista no n.º 2 do artigo 1792.º do CC, os danos não patrimoniais causados pela dissolução do casamento continuam a ser indemnizáveis.¹⁹⁴ Ora, na nova lei do divórcio – contrariamente ao que sucedia na lei anterior, em que se previa que tais danos eram indemnizáveis na própria acção de divórcio – afastou-se essa reparação do âmbito da acção de divórcio, mas parece-nos que se remeteu a sua indemnização para os termos gerais da responsabilidade civil e para os tribunais comuns.^{195 196}

mulher contribuiu para o nível de vida do ex-marido, de que ela e os filhos devem beneficiar, após o divórcio, cfr. Maria Clara Sottomayor, *Uma análise...*, cit., pp. 40 e ss. A mesma autora entende que, quando, porém, não seja possível ao devedor assegurar o padrão de vida de que o ex-cônjuge gozou durante o casamento, este terá direito a uma pensão de alimentos que o coloque numa situação razoável, mas acima do limiar da sobrevivência (aqui em sentido concordante com Guilherme de Oliveira). Também no sentido de que a obrigação de alimentos deveria assegurar o padrão de vida do casamento, cfr. Maria J. R. C. Vaz Tomé, *Considerações...*, cit., pp. 178 e ss.

¹⁹⁴ Defende Hörster, *A responsabilidade civil...*, cit., p. 109, que, o direito à indemnização pode referir-se quer a danos patrimoniais, quer a danos não patrimoniais, quer a danos resultantes dos factos culposos violadores dos deveres conjugais, quer a danos resultantes do próprio divórcio.

¹⁹⁵ Concordamos aqui com Rita Lobo Xavier, a qual constata que, é certo que o decretamento do divórcio continua a poder causar danos não patrimoniais aos cônjuges, contudo a Lei n.º 61/2008 veio impedir que, na acção de divórcio seja averiguado qual dos cônjuges foi responsável pela ruptura do casamento; ao que acresce que a remissão expressa para as regras gerais da responsabilidade civil indicia que terão de se verificar os respectivos pressupostos. Assim sendo, como bem refere a autora, “não se vê qual o fundamento do dever de indemnizar os danos provocados pelo próprio divórcio, sendo certo que só existe obrigação de indemnizar independentemente da culpa nos casos especificados na lei (artigo 483.º, n.º 2, do Código Civil). Por outro lado, a iniciativa de requerer o divórcio não pode ser considerada um facto ilícito e a responsabilidade por factos lícitos é excepcional.” Quando o cônjuge propõe acção de divórcio nos termos do artigo 1781.º do CC, está a exercer um direito que a lei lhe confere. Posto isto, conclui a citada autora que “não será de excluir que o lesado consiga provar, na acção proposta nos tribunais comuns, que o divórcio lhe

A segunda questão que se coloca é a de saber se resulta do artigo 1792.º, n.º 1 do CC que, os danos decorrentes da violação dos deveres conjugais, previstos no artigo 1672.º do CC, podem gerar a obrigação de indemnizar, nos termos gerais da responsabilidade civil. Esta questão remete-nos para uma outra: existem no actual regime do divórcio vestígios da “doutrina da fragilidade da garantia”?¹⁹⁷ A nossa doutrina divide-se.

Guilherme de Oliveira¹⁹⁸ defende que “os ilícitos que podem fundamentar uma obrigação de indemnizar [artigo 1792.º, n.º 1 do CC] não resultam da mera violação de deveres especificamente conjugais; os ilícitos resultam da violação de deveres gerais de respeito, de ofensas a direitos de personalidade e a direitos fundamentais”. Por exemplo: o adultério praticado por um dos cônjuges (violação culposa do dever de fidelidade) não seria fundamento bastante para a obrigação de indemnizar os danos causados ao outro, mas poderá sê-lo se for acompanhado da prática de outros factos ofensivos dos direitos de personalidade.

Diversamente, sustenta Tomé d’ Almeida Ramião¹⁹⁹ que, resulta da nova redacção do artigo 1792.º, n.º 1 do CC claramente que a violação dos deveres conjugais permite ao cônjuge lesado pedir uma indemnização pelos danos, patrimoniais ou não patrimoniais, que haja sofrido, em consequência da violação desses deveres, nos termos gerais da responsabilidade civil e nos tribunais comuns.²⁰⁰ Porém, adverte o autor que a questão tem

causou danos não patrimoniais que pela sua gravidade merecem a tutela do Direito (artigo 496.º, n.º 1 do Código Civil); mas, para obter a reparação de tais danos, teria de alegar e provar factos de onde resulte que o divórcio é imputável ao outro e parece-me que só o logrará provando que este violou deveres conjugais” (sublinhado nosso) (cfr. Rita Lobo Xavier, “Direito ao divórcio, direitos recíprocos dos cônjuges e reparação dos danos causados: liberdade individual e responsabilidade no novo regime do divórcio”, in *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Heinrich Ewald Hörster*, Almedina, 2012, p. 508). Neste sentido, destacamos o acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 9-4-2013, processo n.º 22317/09.9T2SNT.L1-1, relator Manuel Marques, disponível em www.dgsi.pt. Também no sentido de que, face à nova redacção do artigo 1792.º, n.º 1 do CC, os danos não patrimoniais decorrentes da dissolução do casamento são indemnizáveis nos termos gerais da responsabilidade civil e nos tribunais comuns, cfr. Hörster, *A responsabilidade civil...*, cit., p. 109, e na jurisprudência, o acórdão do STJ, de 08-09-2009, processo n.º 464/09.7YFLSB, relator Sebastião Póvoas, disponível em www.dgsi.pt.

¹⁹⁶ Contra, sufragando que, com a Lei n.º 61/2008, excluiu-se o direito à indemnização pelos danos não patrimoniais causados pela dissolução do casamento, com a excepção do artigo 1792.º, n.º 2 do CC, cfr. Amadeu Colaço, *Novo regime...*, cit., pp. 95 e 100, Tomé d’Almeida Ramião, *O divórcio...*, cit., pp. 176 e ss., Guilherme de Oliveira, *A nova lei...*, cit., p. 65, e na jurisprudência, o acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 26-01-2012.

¹⁹⁷ Respondem afirmativamente a estas questões, entre outros, o acórdão do STJ, de 17-09-2013, processo n.º 5036/11.3TBVNG.P1.S1 – 1.ª Secção, relator Mário Mendes, o citado acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 9-4-2013, e o acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 15-01-2015, processo n.º 7514/12.8TCLRS.L1-8, relator Luís Correia de Mendonça, todos disponíveis em www.dgsi.pt.

¹⁹⁸ Cfr. Guilherme de Oliveira, *A nova lei...*, cit., p. 21.

¹⁹⁹ Cfr. Tomé d’Almeida Ramião, *O divórcio...*, cit., pp. 158 e ss.

²⁰⁰ No mesmo sentido, cfr. Amadeu Colaço, *Novo regime...*, cit., pp. 96 e ss.

que ver com a prova dos pressupostos da responsabilidade civil extracontratual por parte do lesado: se não existem grandes dúvidas sobre a produção de danos não patrimoniais e patrimoniais quando estão em causa factos que consubstanciam, ao mesmo tempo, violação de direitos subjectivos de um dos cônjuges (violência doméstica, agressões físicas e ofensas à honra e consideração do cônjuge ofendido) e violação do dever conjugal de respeito, já não parece poder afirmar-se o mesmo perante a violação de outros deveres conjugais como o de coabitação, o de cooperação ou o de fidelidade.

Na mesma linha de pensamento da posição anterior – embora vá mais longe na sua teoria –, defende Jorge Duarte Pinheiro²⁰¹ que “a violação de deveres conjugais, incluindo deveres distintos do de respeito e de feição mais íntima, como os de fidelidade e coabitação, pode acarretar responsabilidade civil, ao abrigo das regras gerais (cf. art. 483.º e s.), como decorre claramente do art. 1792.º, n.º 1, na redacção da Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro. Importa é que se verifiquem os pressupostos da obrigação de indemnizar.”²⁰² Esta posição assenta, desde logo, no facto de o legislador não excluir a tutela indemnizatória geral em nenhuma norma. Sustenta o autor que não é razoável negar um princípio de justiça, como é o da reparação dos danos, só porque o lesado e o lesante são familiares; a harmonia familiar não é uma ideia que impeça o uso dos meios comuns para garantia dos direitos familiares pessoais. Aliás, – sublinha o autor – “as situações jurídicas familiares (incluindo os direitos subjectivos pessoais) (...) devem gozar até de uma garantia acrescida, de uma garantia superior à que é conferida a outras situações jurídicas. Por tudo isto, as situações jurídicas familiares gozam de uma tutela que não é menor do que aquela que cabe às situações jurídicas comuns.”²⁰³ Assim, afasta-se a “doutrina da fragilidade da garantia”, na medida em que a garantia dos direitos conjugais não é frágil, pois eles beneficiam de uma tutela comum, cumulável com uma tutela especificamente familiar.²⁰⁴ ²⁰⁵ O autor vai ainda mais longe na sua posição: estende tal responsabilidade

²⁰¹ Cfr. Jorge Duarte Pinheiro, *O direito da família...*, cit., pp. 477 e ss. e 642 e ss.

²⁰² Cfr. Jorge Duarte Pinheiro, *O direito da família...*, cit., p. 478.

²⁰³ Cfr. Jorge Duarte Pinheiro, *O direito da família...*, cit., pp. 96 e ss.

²⁰⁴ Cfr. Jorge Duarte Pinheiro, *O direito da família...*, cit., p. 477 e nota de rodapé n.º 812, lembrando que, antes da lei n.º 61/2008, a tutela especificamente familiar era particularmente intensa, consistindo o principal meio de garantia exclusivamente familiar dos deveres conjugais na regulamentação das consequências do divórcio.

²⁰⁵ Também no sentido de que a violação dos deveres conjugais permite ao cônjuge lesado intentar acção de responsabilidade civil contra o outro, nos termos gerais e nos tribunais comuns, de acordo com o estipulado no artigo 1792.º, n.º 1 do CC, na sua redacção actual, afastando, assim, os resquícios da “doutrina da fragilidade da garantia”, cfr., Cristina Dias, *Uma análise...*, cit., pp. 23 e ss. e “Breves notas sobre a responsabilidade civil dos cônjuges entre si: O novo regime do art. 1792.º do Código Civil (na redacção dada

civil a terceiros que contribuam para o incumprimento ou para a impossibilidade de cumprimento dos deveres conjugais²⁰⁶ ou ainda, em situações muito excepcionais, à tutela compulsória de deveres conjugais como o dever de fidelidade.²⁰⁷

Em sentido contrário, Carlos Pamplona Corte-Real e José Silva Pereira²⁰⁸ negam a possibilidade de atribuir ao cônjuge lesado qualquer indemnização pela violação dos deveres conjugais. Na sua opinião, a eliminação do divórcio litigioso com fundamento na violação culposa dos deveres conjugais e a consequente ausência de ponderação da culpa do cônjuge tido como único ou principal culpado, com a Lei n.º 61/2008, levam a concluir que os artigos 1790.º a 1792.º do CC devem ser interpretados de acordo com o instituto do enriquecimento sem causa. Assim sendo, entendem os autores que “a responsabilidade civil a que se refere o artigo 1792.º, n.º 1, nada tem a ver no seu alcance com a ruptura e inerente violação dos deveres conjugais. Mas tão só, com a violação de direitos absolutos por força do próprio relacionamento interconjugal, v.g., no que ao direito à integridade moral e física ou ao direito de propriedade, entre outros, diga respeito. Não há pois sobreposição de campos de aplicação, sendo evidente que a lei só faz relevar os deveres conjugais, nos termos do citado artigo 1792.º, n.º 1, quando a sua inobservância possa beliscar direitos absolutos (nos termos gerais de direito, que não do direito especificamente conjugal). Há assim que fazer uma leitura “debilitadora” do alcance dos chamados deveres conjugais, que só extremadamente podem predeterminar situações de responsabilidade extracontratual, naturalmente apreciadas em tribunais comuns (é o caso, por exemplo, do crime de violência doméstica)”. Todavia - defendem os citados autores - “abaixo desse patamar extremado, só pode relevar o instituto do enriquecimento sem causa, quando seja

pela Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro) e a manutenção da irresponsabilidade ao nível dos efeitos patrimoniais do casamento”, *Direito e Justiça, Estudos dedicados ao Professor Doutor Luís Alberto Carvalho Fernandes*, volume I, 2011, pp. 391 e ss., Hörster, *A responsabilidade civil...*, cit., pp. 108 e ss., Rita Lobo Xavier, *Recentes alterações...*, cit., pp. 24 e 37. Contra, cfr. Carlos Pamplona Corte-Real e José Silva Pereira, *Direito da família, Tópicos para uma reflexão crítica*, 2.ª ed. atualizada, AAFDL, Lisboa, 2011, pp. 17 e ss. e 182 e ss., que, não obstante a nova redação do artigo 1792.º do CC, sustentam a inviabilidade da reparação dos danos causados pela violação dos deveres conjugais.

²⁰⁶ Cfr. Jorge Duarte Pinheiro, *O direito da família...*, cit., pp. 480 e ss., e os exemplos aí referidos; *vide* ainda, quanto ao tema mais desenvolvidamente, Jorge Duarte Pinheiro, *Núcleo...*, cit., pp. 714 e ss. e 729 e ss., e na jurisprudência o acórdão do STJ, de 26-5-2009, processo n.º 3413/03.2TBVCT.S1, disponível em www.dgsi.pt, citado na primeira obra mencionada, na página 481.

²⁰⁷ Cfr. Jorge Duarte Pinheiro, *O direito da família...*, cit., p. 481, e *O núcleo...*, cit., pp. 601 e ss., segundo o qual é possível utilizar meios compulsórios contra o adúltero, mas só na casa de morada de família.

²⁰⁸ Cfr. *Direito da família...*, cit., pp. 17 e ss. e 182 e ss.

caso disso, como consequência indeclinável da tutela da liberdade e da personalidade individual (cfr. art. 26.º, n.º 1 e 27.º da CRP)”²⁰⁹.

Discute-se também na doutrina, se a acção de responsabilidade civil pelos danos causados pela violação de deveres conjugais pode ser proposta mesmo na constância do casamento²¹⁰ ou só depois de o mesmo estar dissolvido por divórcio²¹¹.

4.3.1. Os deveres conjugais são actualmente “normas sem sanção”?

Como vimos, no novo regime jurídico do divórcio, a causa do divórcio já não é a violação culposa dos deveres conjugais, mas sim a ruptura do casamento. Como tal, a violação culposa dos deveres conjugais não tem associada nenhuma “sanção” específica do Direito da Família, como era no regime anterior a do divórcio – *maxime* dos efeitos patrimoniais decorrentes da declaração do cônjuge único ou principal culpado. Assim sendo, parece que, pelo menos a coberto do regime do divórcio, não está prevista qualquer consequência para a sua violação. Porém, a violação culposa dos deveres conjugais será sempre tutelada em acção de responsabilidade civil nos termos gerais, verificados que estejam todos os respectivos pressupostos (artigos 483.º e ss. do CC), separada da acção de divórcio, com vista ao ressarcimento do cônjuge lesado, nos termos do estipulado pelo artigo 1792.º, n.º 1 do CC.²¹² A “sanção” para a violação dos deveres conjugais é agora a reparação dos danos resultantes dessa violação por parte de um dos cônjuges. Assim, por exemplo, o cônjuge que viola o dever de fidelidade ao longo de anos de casamento, ou aquele que viola o dever conjugal de respeito, com a prática de actos reiterados de

²⁰⁹ Carlos Pamplona Corte-Real e José Silva Pereira, *Direito da família...*, cit., pp. 19 e ss.

²¹⁰ Na posição de Amadeu Colaço, é possível interpor simultaneamente acção de divórcio e acção de responsabilidade civil (cfr., *Novo regime...*, cit., p. 97). Duarte Pinheiro (cfr., *O direito da família...*, cit., p. 478) e Tomé d’Almeida Ramião (cfr., *O divórcio...*, cit., p. 159) entendem que o direito de indemnização pelos danos causados pela violação de deveres conjugais pode ser exercido na constância do casamento, e mesmo independentemente do divórcio, desde que preenchidos os pressupostos do artigo 483.º do CC.

²¹¹ Defende Cristina Dias, *Breves Notas...*, cit., p. 403, que a previsão legal da acção de responsabilidade civil por violação dos deveres conjugais no artigo 1792.º, na redacção da Lei n.º 61/2008, no âmbito dos efeitos do divórcio, demonstra que o legislador prevê agora expressamente a possibilidade de uma indemnização ao ex-cônjuge pela violação dos deveres conjugais, uma vez decretado o divórcio. Também Guilherme de Oliveira – embora entenda que só são indemnizáveis, ao abrigo do artigo 1792.º, n.º 1 do CC, na redacção actual, os danos resultantes simultaneamente da violação de um dever conjugal e de um direito absoluto – sustenta que tal pedido de indemnização só será apresentado após o divórcio (cfr. Guilherme de Oliveira, *A nova lei...*, cit., p. 21).

²¹² Neste sentido, o citado acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 15-01-2015, e o acórdão do STJ, de 09-02-2012, processo n.º 819/09.7TMPRT.P1.S1 – 1.ª secção, relator Hélder Roque, disponível em www.dgsi.pt.

violência doméstica sobre o outro cônjuge, com a eliminação do divórcio litigioso fundado na violação culposa dos deveres conjugais e a conseqüente abolição da declaração de culpa, sairiam “impunes”, pelo menos no que ao regime do divórcio diz respeito. Todavia, sempre se poderá aqui considerar que a alínea d) do artigo 1781.º CC traduz uma sanção *sui generis*, defendendo, como Capelo de Sousa²¹³, a possibilidade de aplicação do instituto do abuso de direito quando seja o cônjuge “culpado” a requerer o divórcio.

O cônjuge lesado pela violação de deveres conjugais por parte do outro e que pretenda uma indemnização pode propor contra ele uma acção de responsabilidade civil, num tribunal comum. Note-se que, como vimos, este entendimento – que era já sufragado por um sector da doutrina, ao abrigo do regime anterior -, face à nova redacção do artigo 1792.º, n.º 1 do CC, mereceu o apoio de uma generosa parte da doutrina e consenso a nível jurisprudencial. Entendemos, assim, que se eliminaram de vez os vestígios da tradicional “doutrina da fragilidade da garantia”.²¹⁴

Face ao exposto, com o muito devido respeito, não podemos concordar com a supramencionada interpretação do novo artigo 1792.º do CC proposta por Guilherme de Oliveira, uma vez que a mesma implica a completa irrelevância da violação culposa dos deveres conjugais por parte de um dos cônjuges.²¹⁵ Do mesmo modo, não apoiamos o entendimento sufragado por Pamplona Corte-Real e José Silva Pereira sobre esta matéria.

Veremos, adiante, que os deveres conjugais mantêm também relevância prática no âmbito da causa de divórcio consagrada na nova alínea d) do artigo 1781.º do CC.

4.3.2. A desprotecção do cônjuge que se encontra numa posição mais fraca na nova lei do divórcio?

A nosso ver, o actual regime do divórcio poderá conduzir, na prática, a situações de injustiça ou desprotecção do ex-cônjuge que se encontra numa situação mais frágil (normalmente, a mulher vítima de violência doméstica e a que realizou na constância do casamento o trabalho doméstico e o cuidado dos filhos menores e de familiares idosos do ex-cônjuge).²¹⁶

²¹³ Cfr. Capelo de Sousa, *Recentes alterações...*, cit., p. 121.

²¹⁴ Neste sentido, cfr. o citado acórdão do STJ, de 09-02-2012, Processo n.º 819/09.7TMPRT.P1.S1.

²¹⁵ Também neste sentido, cfr. Rita Lobo Xavier, *Direito ao divórcio...*, cit., pp. 508 e ss. (p. 509).

²¹⁶ Como procuraremos demonstrar no desenvolvimento deste texto, não podemos concordar com a posição de Guilherme de Oliveira, segundo o qual o novo regime não desprotege o cônjuge mais frágil (geralmente, a

Primeiro, ao abrigo da nova lei, o cônjuge responsável pela ruptura do casamento, inclusive aquele que comete as mais graves ou grosseiras violações de deveres conjugais (pense-se no caso da violência doméstica), pode pedir o divórcio com base na sua própria conduta²¹⁷, contra a vontade do outro (cônjuge “inocente”) e, além de o obter, ainda pode alcançar vantagens a nível da partilha, sair beneficiado face a uma partilha feita no regime de comunhão geral de bens convencionalizado, caso esse cônjuge fosse o mais rico (ou seja, aquele que levou mais bens para o casamento e adquiriu mais bens por doação ou herança durante o casamento). Concluímos, pois, que o novo regime da partilha, em caso de divórcio, além das críticas apontadas anteriormente, desprotege o cônjuge mais frágil, aquele que não provocou o divórcio e que mais carecia de protecção legal.

Por outro lado, quanto ao novo crédito de compensação previsto no artigo 1676.º, números 2 e 3 do CC, como pensamos ter demonstrado, a intenção do legislador foi positiva e de aplaudir. Foi pena é que não ficasse plasmada na nova redacção do referido preceito. De facto, no n.º 2 do artigo 1676.º do CC recorreu-se a diversos conceitos indeterminados, que suscitam dificuldades na sua aplicação prática, e a redacção do n.º 3 desse preceito foi particularmente infeliz.

Portanto, como vimos anteriormente, são várias as críticas que se podem apontar ao novo crédito de compensação tal como ficou consagrado no nosso ordenamento jurídico. A questão mais complexa prende-se com a utilização, no artigo 1676.º, n.º 2 do CC da expressão renúncia excessiva à vida profissional, que é ambígua, podendo levar a excluir a atribuição do crédito de compensação ao ex-cônjuge que sempre se dedicou durante o casamento ao trabalho doméstico e ao cuidado dos filhos, nunca tendo exercido

mulher vítima de violência doméstica), porquanto afastada a culpa nas causas do divórcio, esse mesmo cônjuge pode obter o divórcio de forma mais rápida e com menos riscos para a sua integridade física e moral, sendo depois a sua protecção conferida pelos tribunais criminais, onde correrão acções públicas de violência doméstica, acrescida das indemnizações cíveis a que houver lugar. Deste modo, conclui o autor, “as várias necessidades serão satisfeitas pelas vias convenientes; a dissolução do casamento mais rápida e menos traumática pelo processo de divórcio; a penalização e a reparação dos danos pelo processo-crime”. Por outro lado, entende o mencionado autor, que a eventual “protecção” patrimonial “consiste na obtenção de vantagens patrimoniais de mérito mais do que duvidoso – partilha de bens para cuja aquisição não contribuíram, retenção de benefícios que foram atribuídos em consideração do estado de casado que entretanto cessou, indemnização por danos não patrimoniais que deixaram de merecer tutela jurídica numa altura em que se banalizaram os casos de divórcio”, e, por outro lado, seria mínimo o número de cônjuges que poderiam beneficiar desta chamada “protecção” patrimonial (cfr. Guilherme de Oliveira, Linhas gerais da reforma..., pp. 65 e ss.).

²¹⁷ Adiantamos já que não concordamos com o Sr. Presidente da República, na sua Mensagem de 20.8.2008, quando afirma que “um cônjuge que viole sistematicamente os deveres conjugais previstos na lei possa *de forma unilateral e sem mais obter o divórcio...*” (itálico nosso). Parece estar aqui em causa o divórcio a-pedido de um dos cônjuges. Questão que estudaremos adiante será precisamente a de perceber se o sistema português do divórcio actual consagra ou não o divórcio a-pedido.

qualquer actividade profissional remunerada, e nem tendo habilitações profissionais para tal, por se entender que, neste caso, não houve renúncia à vida profissional. Claramente não foi esta a intenção do legislador, mas é o que resulta da letra da lei – a letra da lei não contempla os casos do cônjuge que nunca exerceu uma actividade profissional fora do lar, nem tem habilitações para o fazer -, podendo a actual redacção do artigo 1676.º, n.º 2 do CC originar controvérsia e injustiça na sua aplicação, desprotegendo-se o cônjuge que ocupa a posição mais frágil.²¹⁸ Embora entendamos que também, neste caso, esse cônjuge que nunca trabalhou fora do lar, abdicou de uma possível profissão em favor da vida conjugal e familiar, ou até sacrificou a sua instrução e formação escolar em prol do casamento, devendo, verificados os restantes pressupostos, ser-lhe atribuído o crédito de compensação, reconhecemos, porém, que a norma é dúbia, não sendo seguro que os julgadores partilhem uma interpretação semelhante à nossa.

Também o direito a alimentos, no caso de divórcio, poderá ocasionar a desprotecção do ex-cônjuge mais frágil. A regra geral é hoje a de que cada um dos ex-cônjuges deve prover à sua subsistência, depois do divórcio (artigo 2016.º, n.º 1 do CC), pelo que a obrigação de alimentos assume um carácter excepcional. Ora, tal norma foi pensada para as situações de efectiva igualdade de facto entre homem e mulher, na sequência do movimento de emancipação da mulher, que passou a exercer a par com o homem o mesmo tipo de actividades profissionais. Porém, esqueceu a realidade social das mulheres portuguesas que se dedicam exclusivamente ao trabalho doméstico – sobretudo os casos em que o casamento remonta há várias décadas e foi celebrado de harmonia com pressupostos tradicionais e de duração tendencialmente perpétua²¹⁹ -, ou acumulam este com uma profissão mal remunerada, não tendo rendimentos para se sustentar após o divórcio, nem direito a pensão de reforma, quando idosas.²²⁰ Diz o artigo 2016.º, n.º 2 do CC que “qualquer dos cônjuges tem direito a alimentos”, porém, prevê o n.º 3 do mencionado artigo que a obrigação de alimentos pode ser negada ao ex-cônjuge necessitado, por razões manifestas de equidade, norma esta que, devido ao seu teor indeterminado, pode ser aplicada contra as mulheres e confere um poder discricionário ao

²¹⁸ Cfr. Cristina Dias, *Uma análise...*, cit., pp. 69, 74 e ss. e nota de rodapé n.º 36, p. 75 (propondo como solução a simples referência expressa ao trabalho doméstico no artigo 1676.º, n.º 2 do CC); *vide*, também, Maria Clara Sottomayor, *Uma análise...*, cit., p. 39, defendendo que a melhor solução seria especificar na lei o direito da mulher à remuneração do trabalho doméstico.

²¹⁹ Assim o citado acórdão do STJ, de 28-06-2012.

²²⁰ Neste sentido, Maria Clara Sottomayor, *Uma análise...*, cit., p. 40. Segundo os dados da imprensa escrita, as mulheres ganham em média 18% menos do que os homens para igual trabalho.

juiz.²²¹ Parece-nos que o n.º 3 do citado preceito “abre a porta” a que o juiz possa negar a atribuição da pensão de alimentos ao ex-cônjuge carecido, se considerar que esse ex-cônjuge, depois do divórcio, não fez qualquer esforço para ser auto-suficiente, sob o ponto de vista económico.²²²

Finalmente, no novo artigo 2016.º-A, n.º 3 do CC, a nosso ver, deveria ter ficado expressamente consagrada a posição intermédia (“um mínimo decente”), embora entendamos que é isso que resulta de uma correcta interpretação da lei. Acresce que esta é a posição que se revela mais justa e consentânea com a realidade das mulheres portuguesas, que, durante o casamento, exercem exclusivamente o trabalho doméstico e o cuidado dos filhos, permitindo que o outro cônjuge se dedique à sua vida profissional inteiramente e progrida na sua carreira. Deste modo, o trabalho doméstico da mulher contribuiu para o nível de vida do ex-marido. Pelo que, não parece justo que, após o divórcio, o ex-cônjuge mulher receba uma pensão de alimentos cingida ao estritamente necessário para o seu sustento, habitação e vestuário, sobretudo se o ex-marido puder manter o padrão de vida do casamento.²²³ Porém, parece-nos que a nossa jurisprudência se tem inclinado mais – embora haja divergência – para a posição segundo a qual, a pensão de alimentos decretada a favor do ex-cônjuge se cinge ao indispensável para o seu sustento, habitação e vestuário. Assim sendo, a pensão de alimentos é decretada em menos casos e o seu montante será baixo. Mesmo nos casos em que a mulher foi doméstica, em casamentos de longa duração, alguns tribunais, adoptando o critério da necessidade, concedem alimentos em valores muito baixos²²⁴, ou negam alimentos, em virtude de uma interpretação subjectiva do conceito de necessidade.^{225 226} Não obstante reconhecermos

²²¹ Cfr. Maria Clara Sottomayor, *Uma análise...*, cit., p. 40.

²²² Atente-se na afirmação constante do acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 10-07-2014, processo 836/13.2TMBRG-B-G1, relatora Ana Cristina Duarte: “volvidos mais de 4 anos sobre o divórcio, competia à ré ter diligenciado pela angariação de meios de subsistência, sabido como é que este direito tem natureza temporária”. Parece-nos que se abre a porta a que os tribunais neguem a pensão de alimentos, por razões manifestas de equidade, em situações de mulheres que ao fim de alguns anos após o divórcio ainda não conseguem prover à sua subsistência, o que poderá ser injusto no caso das mulheres mais velhas, que nunca trabalharam e sempre exerceram o trabalho doméstico e o cuidado dos filhos, para as quais, face à sua falta de habilitações e ao acréscimo do nível de desemprego no nosso país, será extremamente difícil conseguirem obter um emprego.

²²³ Assim, Maria Clara Sottomayor, *Uma análise...*, cit., pp. 40 e ss.

²²⁴ Por exemplo, no citado acórdão da Relação do Porto, de 15-09-2011, foi atribuída ao ex-cônjuge mulher uma pensão de alimentos no montante de 200,00 euros.

²²⁵ Concordamos assim com Maria Clara Sottomayor, *Uma análise...*, cit., pp. 41 e ss.

²²⁶ Veja-se o citado acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 17-04-2012; e ainda o citado acórdão do STJ de 20-2-2014 (embora neste o direito à pensão de alimentos foi negado à autora, por razões manifestas

que, mesmo nos casos em que a jurisprudência acolhe aquela posição intermédia (posição que aqui acolhemos), o montante da pensão de alimentos atribuído ao ex-cônjuge mais frágil (leia-se, a mulher que durante o casamento sempre realizou o trabalho doméstico e o cuidado dos filhos) continua a ser de valor manifestamente baixo²²⁷, pese embora em muitos casos certamente isso se deva aos baixos rendimentos da generalidade dos portugueses. Por fim, destacamos uma decisão “inérita” - no quadro das alterações operadas pela Lei n.º 61/2008 ao regime da obrigação de alimentos entre ex-cônjuges, em especial ao artigo 2016.º-A, n.º 3 do CC - do Tribunal da Relação de Lisboa: utilizando como critério o padrão de vida do casamento, a Relação decidiu atribuir uma pensão de alimentos no montante mensal de 3500,00 euros ao ex-cônjuge mulher, com setenta e cinco anos, que sofre de vários problemas de saúde, cujo casamento durou mais de 55 anos, tendo a mesma na constância do matrimónio sempre se dedicado ao trabalho doméstico e ao cuidado dos filhos, nunca tendo trabalhado, pelo que não tem quaisquer rendimentos, não trabalha e face à sua idade avançada já não irá ter actividade laboral, mas tem património gerador de rendimentos.²²⁸

Por fim, no que toca à obrigação de indemnizar, o artigo 1792.º, n.º 1 do CC, na sua redacção actual, remeteu o direito de indemnização para o instituto geral da responsabilidade civil e os tribunais comuns. Também aqui se denota uma certa desprotecção do ex-cônjuge mais frágil (pensamos sobretudo agora na mulher vítima de violência doméstica). Isto porque foi retirado ao cônjuge “inocente” o direito de pedir uma indemnização pelos danos não patrimoniais causados pela dissolução do casamento, na própria acção de divórcio, previsto no regime anterior. Actualmente, o cônjuge que se sinta lesado e pretenda pedir uma indemnização terá de propor uma acção de responsabilidade civil, num tribunal comum, ou seja, não especializado em questões de direito da família, cabendo-lhe o ónus de provar o preenchimento dos pressupostos da responsabilidade civil, com todas as dificuldades de prova inerentes, quando, ao abrigo do regime anterior,

de equidade, pois a prestação de alimentos sacrificaria o mínimo indispensável à subsistência do ex-cônjuge devedor).

²²⁷ Veja-se o citado acórdão do STJ, de 28-06-2012, no qual decidiu o STJ fixar uma pensão de alimentos no valor de € 250,00 mensais a pagar pelo réu à autora, montante que, a nosso ver, face às circunstâncias do caso, é manifestamente baixo, pelo que a protecção conferida a esse ex-cônjuge mais frágil por via da pensão de alimentos acaba por se revelar muito ténue. Também no citado acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 10-07-2013, o tribunal decidiu atribuir uma pensão de alimentos (provisória) à autora no montante de 200,00 euros mensais, valor este muito baixo.

²²⁸ Cfr. o acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 12-09-2013, processo n.º 2402/08.5TMLS-B-C.L1-8, relator Ilídio Sacarrão Martins, disponível em www.dgsi.pt.

bastaria provar a culpa do outro cônjuge, pela violação dos deveres conjugais, para invocar certos efeitos patrimoniais.²²⁹ Por outro lado, somam-se mais gastos com as custas do processo, honorários dos advogados, etc. Ao que acresce ainda o enorme desgaste psicológico que a nova acção acarreta para o ex-cônjuge que normalmente ocupa a posição mais frágil, ao ter de alegar e, como tal, lembrar e expor publicamente no tribunal factos relativos a episódios da vida do casal que consubstanciam os fundamentos da acção e é apreciada a culpa na sua verificação.²³⁰

Posto isto, para obviar à eventual desprotecção do ex-cônjuge que se encontra numa posição mais vulnerável, uma possível solução apontada por alguma doutrina²³¹ seria a manutenção da apreciação da culpa só ao nível dos efeitos do divórcio, ou seja, num segundo momento, após o decretamento do divórcio, é que o juiz iria aferir a culpa de um ou de ambos os cônjuges para efeitos do divórcio, *maxime* da aplicação das consequências negativas do divórcio, a qual não ficou consagrada. Contudo, a nosso ver, isso significaria uma falta de coerência do regime jurídico do divórcio actual, que seria indesejável.

Outra possível solução, no que em particular respeita ao direito de crédito de compensação consagrado no artigo 1676.º, números 2 e 3 do CC, seria a concretização dos conceitos indeterminados constantes do n.º 2. Estes criam discordância na aplicação da norma e, conseqüentemente, incerteza e insegurança jurídicas para o comum dos cidadãos. Por outro lado, pode ficar demasiado dependente do arbítrio do juiz a sua densificação. Pese embora tenhamos que admitir que, regra geral, e sobretudo num domínio tão específico como é o do direito da família, o juiz, através da utilização dos conceitos indeterminados, tem a possibilidade de adaptar as normas às circunstâncias do caso concreto, fazendo juízos de valor e aplicando a orientação que a norma legal dá àquele caso concreto, de forma a conseguir uma maior justiça. Assim sendo, apesar de o actual regime do crédito de compensação gerar controvérsia e dificuldades na sua aplicação pela jurisprudência, parece-nos que também não seria boa solução o recurso a uma cláusula fechada neste âmbito, que é o das relações familiares, ainda que de carácter patrimonial, pois correr-se-ia o risco de não ficarem abrangidas outras situações não expressamente

²²⁹ Assim, Cristina Dias, *Uma análise...*, cit., pp. 23 e ss.

²³⁰ No mesmo sentido, cfr. Amadeu Colaço, *Novo regime...*, cit., p. 97, Maria Clara Sottomayor, *Uma análise...*, cit., pp. 20 e ss., e Cristina Dias, *Uma análise...*, cit., pp. 23 e ss.

²³¹ Neste sentido, Hörster, *A responsabilidade civil...*, cit., pp. 98 e ss., Cristina Dias, *Uma análise...*, cit., p. 28, e, ainda, criticando a abolição de sanções para a violação dos deveres conjugais, Maria Clara Sottomayor, *Uma análise...*, cit., p. 22. Contra, cfr. Guilherme de Oliveira, *Linhas gerais...*, cit., p. 66.

previstas, em face da diversidade de agregados familiares conjugais e das especificidades de cada um deles. Pelo que devem manter-se os conceitos indeterminados no artigo 1676.º, n.º 2 do CC, cabendo à doutrina o papel de ir ajudando a jurisprudência a densificar esses mesmos conceitos, como está a fazer, e aos juízes o de criar jurisprudência.

Ainda no domínio do direito de crédito de compensação, por forma a salvaguardar o ex-cônjuge que se encontra numa posição mais frágil de uma interpretação literal da expressão renúncia excessiva à vida profissional, constante do artigo 1676.º, n.º 2 CC, que exclua a atribuição desse direito ao ex-cônjuge que nunca exerceu qualquer actividade profissional remunerada, nem tem habilitações, dedicando-se ao trabalho doméstico e ao cuidado dos filhos em exclusivo na constância do casamento, defendemos que deveria referir-se expressamente na norma o direito de crédito de compensação do ex-cônjuge que contribuiu de forma consideravelmente superior com o seu trabalho doméstico, renunciando à sua vida profissional.²³² E tal crédito deveria estar regulado no âmbito dos efeitos do divórcio. Note-se que, a intenção do legislador terá sido essa, mas não ficou plasmada na lei.

Sublinhe-se que, outras legislações europeias não consagram um crédito de compensação nos mesmos termos que o nosso ordenamento jurídico, mas preveem igualmente um direito de compensação, embora com pressupostos e conteúdos não coincidentes com os do artigo 1676.º, n.º 2 do CC português. De facto, nessas legislações é imposta, como efeito do divórcio, uma prestação destinada a compensar o ex-cônjuge mais desfavorecido com o divórcio, nomeadamente aquele que abdicou da sua carreira profissional para se dedicar ao trabalho doméstico e ao cuidado dos filhos, da disparidade criada com o divórcio na sua condição de vida.

Assim, refira-se, a título de exemplo, o artigo 97.º do Código Civil espanhol que consagra uma pensão compensatória ao ex-cônjuge que sofreu maior desequilíbrio económico, em consequência do divórcio, quando comparado com a posição do outro. Portanto, tal compensação está regulada como efeito do divórcio. Sublinha-se que, ao contrário do que acontece no direito português, o legislador espanhol preocupou-se em enumerar diversas circunstâncias que auxiliam o juiz na fixação do *quantum* dessa pensão compensatória – nesse artigo 97.º, 1.ª a 8.ª do CC espanhol estão previstas várias

²³² No mesmo sentido, cfr. Cristina Dias, *Uma análise...*, cit., pp. 74 e ss., e nota de rodapé n.º 36, p. 75. Também sufragando esta especificação na lei, cfr. Maria Clara Sottomayor, *Uma análise...*, cit., p. 39.

circunstâncias concretas, e além disso consagra-se ainda uma cláusula geral, no seu parágrafo 9.º, que manda atender a qualquer outra circunstância relevante.

Nos artigos 270.º e seguintes do Código Civil francês também está consagrada uma prestação compensatória em termos semelhantes. Trata-se de um valor destinado a restabelecer o equilíbrio das condições económicas de vida dos ex-cônjuges.

Posto isto, deixamos a seguinte nota para reflexão: será que se o legislador português tivesse tido a “coragem” de prever uma pensão compensatória como a consagrada nos ordenamentos estrangeiros referidos, teríamos aqui uma solução mais adequada para acautelar a posição do ex-cônjuge que se dedicou, durante o casamento, em exclusivo ou a par de uma profissão mal remunerada, à realização do trabalho doméstico e ao cuidado dos filhos?^{233 234}

Em conclusão, muito ainda tem de ser mudado para que o regime dos efeitos do divórcio português confira uma maior justiça.

Capítulo III – As causas do divórcio sem o consentimento de um dos cônjuges

5. A concepção subjacente à nova modalidade de divórcio sem o consentimento de um dos cônjuges:

Os fundamentos do divórcio sem o consentimento de um dos cônjuges estão actualmente consagrados no artigo 1781.º do CC. Realce-se que, não obstante entendermos que está consagrado um sistema misto, a Lei n.º 61/2008 aderiu fortemente ao sistema do divórcio como simples constatação da ruptura do casamento, como se comprova através da

²³³ Na nossa doutrina, alguns autores inclinam-se para uma resposta afirmativa à questão exposta (cfr., Cristina Dias, *Uma análise...*, cit., p. 77; e, se bem compreendemos o seu pensamento, também Rita Lobo Xavier, *Recentes alterações...*, cit., pp. 50 e ss.). Ainda na vigência do regime anterior, também Guilherme de Oliveira apontava o acolhimento do instituto da pensão compensatória no nosso ordenamento como uma possível solução (cfr. Guilherme de Oliveira, *Dois...*, cit., p. 11).

²³⁴ Jorge Duarte Pinheiro, *O direito da família...*, cit., pp. 644 e ss., sustenta que “é pena que o legislador português não tenha estudado com atenção o direito alemão, habitualmente apontado como um exemplo de ordenamento que substitui 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.” E continua o autor: “Prevê-se, por exemplo, que o ex-cônjuge beneficie da chamada “compensação de pensões”, a qual “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”.

consagração, como fundamentos do divórcio sem consentimento de um dos cônjuges, da *separação de facto por um ano consecutivo* (artigo 1781.º, alínea a) do CC) e, principalmente, da ampla cláusula geral prevista na nova alínea d) do mencionado artigo, dando relevância a *quaisquer outros factos que, independentemente da culpa dos cônjuges, mostrem a ruptura definitiva do casamento*. Quer num caso, quer noutra, estamos perante situações de crise irremediável do casamento, objectivamente considerada, que o divórcio se limita simplesmente a constatar, daí que o legislador tenha atribuído legitimidade a qualquer dos cônjuges para pedir o divórcio com esses fundamentos, mesmo àquele que contribuiu em maior medida ou até em exclusivo para essa situação de falência do casamento (artigo 1785.º do CC).

Adiantamos desde já que, embora perfilhemos o entendimento de que a cláusula geral da alínea d) se trata de uma causa de divórcio-constatação da ruptura do casamento, há porém divergência na nossa doutrina quanto à concepção de divórcio subjacente a essa causa, entendendo alguns autores estar aí consagrado o sistema do divórcio a-pedido de um dos cônjuges, e outros, ainda, um sistema de divórcio-repúdio. No último capítulo da nossa dissertação, explicaremos as razões da nossa opção pelo sistema de divórcio-ruptura.

Por sua vez, entendemos que, a alteração das faculdades mentais do outro cônjuge e a ausência sem notícias (cfr. artigo 1781.º, alíneas b) e c) do CC) são causas de divórcio-remédio, pois, apesar de exprimirem também situações de ruptura do casamento, de crise irremediável da relação matrimonial, essas situações são causadas pelo comportamento ou condição pessoal de um dos cônjuges, e o divórcio visa permitir ao outro que se liberte do casamento, pelo que apenas tem legitimidade para pedir o divórcio com tais fundamentos o cônjuge afectado pela situação de falência do casamento que não provocou.

Em suma, o argumento decisivo em que sustentamos a nossa posição prende-se com a legitimidade para o pedido de divórcio, que é diferente, consoante o divórcio seja requerido com base nas causas de divórcio-constatação da ruptura ou nas causas de divórcio-remédio, nos termos do artigo 1785.º, n.º 1 do CC, na sua redacção actual.

Assim, na nossa opinião, o regime português actual consagra um sistema misto, de divórcio-constatação da ruptura e de divórcio-remédio.^{235 236}

²³⁵ Concordamos com a posição adoptada por Duarte Pinheiro, na sua obra *O direito da família...*, cit., p. 632.

²³⁶ Em sentido diverso, grande parte da nossa doutrina entende que está consagrado no regime português actual um sistema puro de divórcio-constatação da ruptura do casamento. Cfr. Carlos Pamplona Corte-Real e

6. As causas objectivas consagradas no artigo 1781.º do Código Civil: análise sobre as alterações operadas pela Lei n.º 61/2008 e a sua aplicação na prática jurisprudencial

Em geral, diremos que a nova lei do divórcio manteve no artigo 1781.º do CC as três causas objectivas tradicionais (a separação de facto, a alteração das faculdades mentais e a ausência sem notícias), embora tenham sido reduzidos os respectivos prazos.

Mas a grande novidade foi, sem dúvida, a consagração de uma cláusula geral de ruptura definitiva do casamento, na alínea d) do artigo 1781.º do CC, a qual estudaremos desenvolvidamente adiante.

Seguidamente, analisaremos as outras três causas objectivas do divórcio sem consentimento de um dos cônjuges, previstas nas alíneas a) a c) do mencionado preceito, sobretudo, no que toca à sua aplicação pela jurisprudência. Essas alíneas a), b) e c) do artigo 1781.º do CC são presunções inilidíveis de ruptura do casamento, diferentemente da alínea d) do mencionado preceito em que a ruptura tem de ser provada.

6.1. A separação de facto por um ano consecutivo:

Prevê a alínea a) do artigo 1781.º do CC como causa do divórcio “a separação de facto por um ano consecutivo”. Trata-se de uma causa de divórcio objectiva, independente da culpa dos cônjuges e bilateral, ou seja, pode ser invocada por qualquer dos cônjuges (artigo 1785.º, n.º 1, 1.ª parte do CC).

Note-se, desde logo, que, agora, diferentemente do que sucedia no regime anterior, a lei apenas prevê um único prazo de duração da separação de facto como causa do divórcio – em vez de dois prazos distintos -, sendo esse prazo de um ano consecutivo. Por outro lado, eliminou-se a exigência da não oposição do outro cônjuge, quando o divórcio era pedido pelo cônjuge com fundamento na separação de facto por um ano, causa prevista no regime anterior, a qual, face à Lei n.º 61/2008, perdeu o sentido.

A nova lei do divórcio manteve inalterada a definição e, naturalmente, os requisitos cumulativos que integram a separação de facto, no artigo 1782.º, n.º 1 do CC. Por isso, permanecem aqui válidas as considerações feitas acerca desta norma, no regime

José Silva Pereira, *Direito da família...*, cit., pp. 20 e ss., Capelo de Sousa, *Recentes alterações...*, cit., p. 120, Guilherme de Oliveira, *A nova lei...*, cit., p. 6.

anterior, para as quais remetemos. Assim, para que a separação de facto constitua fundamento do divórcio sem consentimento, continua a exigir-se a verificação de um elemento objectivo e de um elemento subjectivo.²³⁷

Porém, é preciso ter em consideração, neste âmbito, a multiplicidade de situações da vida real dos casais. Ou seja, como vimos aquando da análise do regime anterior, podem os cônjuges viver na mesma casa e não existir comunhão de vida²³⁸, ou podem eles viver em casas separadas e existir comunhão de vida.

Por outro lado, para nascer o direito potestativo ao divórcio, com fundamento na separação de facto, na esfera do cônjuge que o pretende exercer, exige-se, ainda, o elemento temporal, ou seja, a separação de facto, integrada pelos seus dois elementos, tem de durar por um período de, pelo menos, um ano consecutivo.

É de sublinhar que, as alterações operadas pelo legislador português em torno da separação de facto como causa de divórcio, foram influenciadas pelos Princípios de Direito da Família Europeu, criados pela CEFL, designadamente o princípio 1.8, segundo o qual *“deve ser permitido o divórcio sem consentimento de uma das partes, se estas estiverem*

²³⁷ Como exemplos de factos que integram o conceito de separação de facto, para efeito do disposto no artigo 1781.º, alínea a) *ex vi* artigo 1782.º CC, referem-se, a título de exemplo, a circunstância de “um dos cônjuges ter saído de casa 4 anos antes da propositura da acção (não fixada ao mês e dia mas em termos globais), não mais ter regressado à mesma, não viver com a apelante, nem toma as refeições com a mesma e não quer continuar casado” (cfr. o acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 19-02-2013, processo n.º 3622/09.0TBSXL-L1-L, relatora Teresa de Sousa Henriques, disponível em www.dgsi.pt); “a circunstância de, ainda que habitando ambos os cônjuges a mesma casa e pagando o cônjuge marido a maioria das despesas domésticas: a) dormirem em quartos separados; b) relacionarem-se de modo separado com os filhos; c) passarem férias e dias festivos separados, alternando com as respectivas famílias alargadas e com os filhos estes convívios; d) ausentando-se a mulher sem dar explicações e; e) desde data determinada, comprar o cônjuge mulher a sua alimentação e pagar metade da despesa do condomínio e taxa de esgotos” (cfr. o acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 19-02-2013, processo n.º 249/11.0TMLS.L1-1, relatora Teresa de Sousa Henriques, disponível em www.dgsi.pt).

²³⁸ Veja-se, por exemplo, o acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 15-05-2012, processo n.º 9139/09.6TCLRS.L1-7, relator Luís Lameiras, disponível em www.dgsi.pt: a questão essencial a decidir traduz-se em apurar, no quadro dos factos provados, se está enquadrado algum fundamento que permita o divórcio sem consentimento de um dos cônjuges, em particular o do artigo 1781.º, alínea a) do CC. Com relevo para a questão, foi dado como provado que *“desde data não concretamente determinada do ano de 2009, autor e ré não dormem na mesma cama, não tomam refeições juntos e moram em andares separados da mesma casa”*. Ora, no confronto com os artigos 1781.º, a) e 1782.º do CC, entendeu esta Relação que, esses factos revelam que não existe comunhão de vida entre os cônjuges, pelo que se conclui que está preenchido o elemento objectivo da separação de facto. Porém, levanta-se neste acórdão o problema de saber se estarão preenchidos os restantes elementos da separação de facto, designadamente, o elemento subjectivo e o elemento temporal (ou seja, que a separação de facto, integrada pelos seus dois elementos, dure pelo período de um ano consecutivo), pois, sem esses elementos se verificarem, o direito ao divórcio não se constitui. Somos remetidos para outras duas questões controversas, que analisaremos oportunamente: a questão de saber se bastará para o preenchimento do elemento subjectivo da separação de facto a mera propositura da acção de divórcio pelo autor e, por outro lado, a de saber se o prazo de um ano consecutivo de duração da separação de facto tem de estar completamente decorrido quando o cônjuge propõe a acção de divórcio ou, antes, também assume relevo a circunstância de o prazo se completar na pendência da acção.

separadas de facto há mais de um ano”.²³⁹ Ora, verifica-se que o prazo de separação de facto exigido é igual – um ano -, pese embora haja uma diferença entre o princípio 1.8 da CEFL e o artigo 1781.º, alínea a) do CC português: no caso do princípio 1.8 da CEFL, não se exige a intenção, o elemento subjectivo da separação de facto.²⁴⁰

Acresce que, face à abolição da declaração do cônjuge único ou principal culpado no divórcio – também aplicável ao divórcio litigioso com fundamento na causa objectiva da separação de facto -, logicamente, também se eliminou a relevância da culpa na causação da separação de facto, para efeitos de aplicação das consequências patrimoniais negativas ao cônjuge declarado único ou principal culpado. Daí que o artigo 1782.º, n.º 2 do CC tenha sido revogado pela Lei n.º 61/2008.

Ora, tal como sucedia no domínio da lei antiga, este fundamento de divórcio é – actualmente, a par com o da nova alínea d) do artigo 1781.º do CC – dos mais utilizados nas acções de divórcio sem consentimento do outro cônjuge. A doutrina e a jurisprudência ainda continuam a divergir nalgumas questões relativas ao fundamento de divórcio da “separação de facto por um ano consecutivo”. Veremos, seguidamente, quais são os principais pontos de controvérsia - alguns deles já discutidos no regime anterior, enquanto outros surgiram com a nova lei – em torno da causa de divórcio da alínea a) do artigo 1781.º do CC, na sua redacção actual.

Em primeiro lugar, questão que, como vimos, gerava viva discussão era a de saber se o decurso do prazo de separação de facto (no regime anterior, de 3 anos consecutivos ou 1 ano consecutivo se não houvesse oposição do outro cônjuge; no actual, de um ano consecutivo) se interrompia com a reconciliação dos cônjuges. Ora, a nova lei também não resolveu este problema. A questão essencial reside em saber o que entender por reconciliação dos cônjuges. Na nossa opinião – a qual é exactamente a mesma no regime anterior e no novo regime do divórcio -, na esteira do entendimento perfilhado por Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira²⁴¹, parece-nos que, o facto de os cônjuges separados de facto se encontrarem para, por exemplo, falar ou resolver assuntos relacionados com os filhos menores de ambos, não traduz uma reconciliação do casal; mas já se os cônjuges

²³⁹ Cfr. Boele-Woelki, *Principles...*, cit., p. 51.

²⁴⁰ Assim, também, Katharina Boele-Woelki, *A Harmonização do Direito da Família na Europa: Uma Comparação entre a Nova Lei Portuguesa do Divórcio com os Princípios da CEFL sobre Direito da Família Europeu*: “No caso da CEFL, apenas se exige a separação de facto do casal pelo menos por um ano. É um simples teste objectivo.”

²⁴¹ Cfr. Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira, *Curso...*, cit., p. 641.

decidirem ir passar um fim-de-semana juntos a fim de tentarem reatar a relação conjugal e voltam a viver juntos, aí já se trata de uma reconciliação. Pelo que, no primeiro caso, não se interrompia o prazo de separação de facto, enquanto que, na segunda hipótese, o decurso do prazo já seria interrompido, começando a contar novo prazo a partir da data do fim dessa tentativa (falhada) de reconciliação. Ora, actualmente o problema ainda se põe, embora seja nossa convicção, de que já não com a mesma relevância de outrora. Isto porque, com a Lei n.º 61/2008, diminuiu-se acentuadamente o prazo da separação de facto, sendo de apenas um ano consecutivo. Pelo que, se nos regimes em que o prazo de separação de facto era de 6 anos (artigo 1781.º, alínea a) do CC, na redacção do DL n.º 496/77), ou 3 anos (regime anterior), etc. – isto é, prazos longos - esta questão era muito relevante, porque a reconciliação dos cônjuges interrompia efectivamente o prazo. Por exemplo, ao abrigo do regime anterior, se um cônjuge pretendia divorciar-se e não obtém o consentimento do outro, ou o outro se opunha, teria de aguardar três anos de separação de facto para propor a acção de divórcio com tal fundamento; sucede que, se já tivessem decorrido, por hipótese, dois anos, e os cônjuges experimentaram tentar reconciliar-se, essa tentativa de reconciliação (mesmo que falhada) interrompia efectivamente o prazo da separação de facto, sendo esses dois anos já decorridos inutilizados, e começando a contar novamente os três anos para propor a acção de divórcio com base na separação de facto. No fundo, eram cinco anos de separação de facto... Actualmente, parece que esta questão perdeu alguma da sua relevância, pois, como é o prazo de um ano (apenas doze meses) e, portanto um prazo extremamente curto, uma vez iniciada a separação de facto, se houver reconciliação, e como tal o prazo da separação for interrompido, talvez seja preferível esperar que o prazo de um ano se complete novamente. Isto porque, se o cônjuge que pretende o divórcio propõe a respectiva acção e for alegada na contestação do outro cônjuge a questão da interrupção do prazo da separação de facto provocada pela reconciliação (falhada) dos cônjuges, acaba por ter de esperar mais tempo até que a questão seja decidida. Aliás, face à normal morosidade dos tribunais portugueses, com toda a probabilidade, será maior o tempo de espera aí, do que se reiniciar a contagem de novo prazo de um ano consecutivo de separação de facto logo que cesse a reconciliação, e depois então propor a acção de divórcio com esse fundamento. Concluimos que, em termos teóricos e puramente abstractos claro que a questão poderá sempre ser levantada, porque trata-se de um prazo que está a correr, e que é interrompido por uma tentativa de

reconciliação dos cônjuges; agora, em termos práticos, suscita-se-nos dúvidas quanto à sua actual pertinência.²⁴²

Também se questionava já, à luz do regime anterior do divórcio, se o mero facto de um cônjuge propor a acção de divórcio, por si só, preenchia o elemento subjectivo da separação de facto, ou seja, se esse cônjuge manifestava inequivocamente com a sua conduta (propositura da acção) a intenção de não retomar a comunhão de vida matrimonial, inclinando-se a doutrina e jurisprudência maioritárias para uma resposta afirmativa. Ora, não podemos concordar com tal posição. Com efeito, entendemos, na esteira de Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira²⁴³, que aquela posição desconsidera inteiramente a exigência da 2.^a parte do n.º 1 do artigo 1782.º do CC, de que haja da parte de ambos os cônjuges, ou de um deles, o propósito de não restabelecer a comunhão de vida, pois não basta que tal propósito exista no momento em que a acção é proposta (nesse momento, e da parte do cônjuge requerente, esse propósito existirá sempre), pelo que naquela interpretação, a 2.^a parte do artigo 1782.º, n.º 1 seria inútil.²⁴⁴ A questão é a de saber a partir de que data se deve considerar que o cônjuge não tem intenção de restabelecer a vida em comum. É que para haver separação de facto tem de se verificar, simultaneamente, a ausência de vida em comum e a intenção de a não restabelecer. Ora, se os cônjuges estão separados um do outro, mas ainda não existe o propósito de não restabelecer a vida em comum, e só passado alguns meses vêm manifestar essa vontade, só a partir desse momento estão separados de facto de acordo com o conceito legal. Portanto, não basta a propositura da acção de divórcio para se concluir que, nessa data, o cônjuge não mantém essa intenção durante o ano anterior ou já a vem mantendo há mais de um ano.²⁴⁵

²⁴² Vide, na jurisprudência, o acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 11-11-2010, processo n.º 52/09.8TBMLG.G1, relatora Teresa Pardal, disponível em www.dgsi.pt: a questão que tribunal teve de apreciar foi se os contactos registados entre os cônjuges (nomeadamente, no mês de Outubro de 2008, já depois de estarem separados, o autor passou uma noite com a ré na casa da mãe desta; no dia seguinte o autor passeou com a ré e os filhos de ambos; e posteriormente chegou a ir com a ré e com os filhos do casal “tomar café” (Fevereiro de 2009) e “jantar” (Março de 2009) e também chegou a ir “buscar a ré e os filhos do casal à camioneta quando vinham da praia”) são ou não susceptíveis de interromper o prazo legal estipulado para que a separação de facto seja fundamento para o divórcio. Entendeu esta Relação que, tais contactos não são suficientes para interromper o prazo, solução com que concordamos, uma vez que tais “encontros” entre os cônjuges separados não parecem motivados por resolver questões relacionadas com os filhos de ambos e para o réu passar tempo com os filhos, e não propriamente para tentarem reatar a relação conjugal entre eles, pois não houve, no caso, coabitação temporária dos cônjuges a fim de tentarem a reconciliação.

²⁴³ *Curso...*, cit., p. 638, nota 75

²⁴⁴ Cfr. Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira, *Curso...*, cit., p. 638, nota 75. No mesmo sentido, cfr. Tomé d’Almeida Ramião, *O divórcio...*, cit., p. 58.

²⁴⁵ Cfr. Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira, *Curso...*, cit., p. 638, nota 75. No mesmo sentido, cfr. Tomé d’Almeida Ramião, *O divórcio...*, cit., p. 58 e ss.

Com a entrada em vigor da Lei n.º 61/2008, a referida questão continua a suscitar divergência na doutrina e na jurisprudência. Efectivamente, na jurisprudência, encontramos decisões no sentido de que a mera propositura da acção de divórcio por um cônjuge demonstra o propósito desse cônjuge de não restabelecer a comunhão de vida, tal bastando para se verificar o preenchimento do elemento subjectivo da separação de facto²⁴⁶, e outras que, diversamente, entendem – solução esta que acolhemos - que a intenção de não restabelecer a vida em comum terá de se verificar pelo prazo de um ano consecutivo aquando da propositura da acção de divórcio.²⁴⁷

Controvertida é também a questão de saber se o prazo de um ano consecutivo de separação de facto tem de estar completamente decorrido à data da propositura da acção de divórcio, com fundamento na alínea a) do artigo 1781.º do CC, ou se o tempo decorrido na pendência dessa acção releva para efeitos do preenchimento do período de tempo de separação exigido por lei. A doutrina maioritária defende a primeira solução. Igualmente, os nossos tribunais superiores pronunciaram-se sobre esta questão em vários acórdãos, posteriormente à Lei n.º 61/2008, notando-se, na esmagadora maioria dos casos, que a jurisprudência decide também no sentido de que tal prazo tem de estar perfeito na data em que o cônjuge propõe a acção de divórcio.²⁴⁸ Pese embora ainda haja uma minoritária

²⁴⁶ Cfr., entre outros, o acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 18-04-2013, Processo n.º 3003/10.3TBVNG.P2, relatora Deolinda Varão, disponível em www.dgsi.pt (entendeu esta Relação que, “a verificação do elemento subjectivo extrai-se não só do longo período de separação (à data da propositura da acção, a separação de facto existia há cerca de 10 anos, ou, pelo menos, há cerca de 7 anos, se atendermos apenas ao período decorrido após a instauração da acção n.º 7113/03), como também do facto de o autor ter pedido o divórcio” (sublinhado nosso). No mesmo sentido, cfr. o acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 17-01-2013, processo n.º 2062/11.6TBPTM.E, relator Paulo Amaral, disponível em www.dgsi.pt (entende-se, neste acórdão, que, em relação ao elemento subjectivo, “temos um sinal claro de que essa vontade existe por parte da A., uma vez que ela pede o divórcio. Não é necessário que se prove autonomamente, isto é, como elemento da base instrutória, que um dos membros do casal não quer continuar casado. O simples intentar da acção é sinal dessa vontade.”).

²⁴⁷ Cfr. o citado acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 15-05-2012, processo n.º 9139/09.6TCLRS.L1-7: neste caso, sucede que, dos factos provados nada resulta quanto ao propósito, por parte de um ou ambos os cônjuges, de não restabelecer a vida em comum, entendendo a Relação que “neste particular, logo ocorre uma dúvida que inviabiliza a constituição do direito ao divórcio”. Assim, na esteira dos ensinamentos dos Professores Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira, entende esta Relação que, não é de aceitar a tese de que a simples interposição da acção de divórcio traduz, em si mesma, uma manifestação inequívoca do propósito de não restabelecer a vida em comum, pois “desconsidera a exigência normativa de que o propósito do cônjuge seja contemporâneo do início da separação e que a acompanhe; que constitua real motivação sua”, concluindo que “a separação de facto, na génese do florescimento do direito ao divórcio, não pode dispensar o cônjuge autor de alegar e provar os factos reveladores desses dois elementos, o objectivo e o subjectivo, que a integram”.

²⁴⁸ Neste sentido, cfr., entre outros, o acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 11-09-2012, processo n.º 250/10.1TMBRG.G1, relator Espinheira Baltar, o citado acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 15-05-2012, o acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 14-06-2010, processo n.º 318/09.7TBCHV.P1, relatora Maria de Deus Correia, o citado acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 11-11-2010, o

corrente jurisprudencial que defende que é atendível na decisão o prazo de separação de facto que se perfaz na pendência da acção de divórcio.²⁴⁹

A nosso ver, merece acolhimento a posição doutrinal e jurisprudencial dominante actualmente, segundo a qual, o prazo de um ano consecutivo de separação de facto tem de verificar-se completo no momento em que a acção de divórcio é proposta. Isto porque, como se vem entendendo unanimemente na jurisprudência, o tempo é elemento constitutivo do direito potestativo de requerer o divórcio, pelo que, tal direito só se constitui depois de ter decorrido completamente o prazo de um ano, na medida em que “é considerado como o limite mínimo para se constatar ou presumir que a separação é definitiva, não se acreditando que haja reatamento da vida em comum”.²⁵⁰ Estamos pois perante um prazo de natureza substantiva, e não perante um prazo processual, pelo que tem de verificar-se à data do pedido de divórcio. A não ser assim – ou seja, se se entendesse que o prazo se podia completar durante a pendência da acção -, “dar-se-ia o absurdo de o processo de divórcio se iniciar sem que, nessa data, estivesse ainda constituído o direito que já se está a querer exercer” e, nesse caso, “o sucesso da acção seria perfeitamente aleatório, pois estaria dependente, em maior ou menor grau, do tempo que o próprio processo viesse a demorar.”²⁵¹ Não é aceitável ou razoável que o sucesso ou insucesso do pedido de divórcio (ou seja, o seu decretamento ou não) possa, de alguma forma, estar dependente, da maior ou menor celeridade com que corre a acção no tribunal.²⁵² Por outro lado, abria-se, assim, a porta a situações em que o cônjuge propunha a acção de divórcio

acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 29-03-2011, processo n.º 1506/09.1TBOAZ.P1, relator Guerra Banha, o acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, 10-2-2011, processo n.º 568/09.6TBMFR.L1-2, relator Ezagüy Martins, o acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 15-03-2011, processo n.º 5496/09.2TBVFR.P1, relator António Martins, o acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 25-11-2013, processo n.º 320/12.1TBVLN.G1, relator António Beça Pereira, todos disponíveis em www.dgsi.pt.

²⁴⁹ Assim, cfr., por exemplo, o acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 15-05-2012, processo n.º 1017/09.5TMLSB.L1-7, relatora Dina Monteiro, disponível em www.dgsi.pt: neste caso, a autora saiu de casa no dia 25 de Maio de 2009, e instaurou a acção de divórcio no dia 27 de Maio de 2009, ou seja, apenas dois dias após a separação de facto, entendendo a Relação de Lisboa que, pese embora essa situação de abandono da casa de morada de família por parte da autora, à data da propositura da acção de divórcio, não poder ainda ser invocada como fundamento autónomo para fundar a ruptura do casamento com base na separação de facto, e o consequente pedido de decretação do divórcio, nada impede que seja invocada assim que o prazo legal estipulado – 1 ano consecutivo – esteja completo, como ocorre no caso do acórdão; tal entendimento é justificado com base na ideia de preservar a actualidade da decisão a proferir pelo tribunal, desde que os factos em causa tivessem sido invocados atempadamente na acção (princípio da actualidade da decisão – artigo 611.º NCPC), como, no caso, o foram (a separação de facto foi alegada na petição inicial).

²⁵⁰ Cfr., entre outros, os citados acórdãos do Tribunal da Relação de Guimarães, de 11-09-2012, e do Tribunal da Relação do Porto, de 14-06-2010.

²⁵¹ Cfr. o citado acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 25-11-2013, processo n.º 320/12.1TBVLN.G1.

²⁵² Cfr. o acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães mencionado na nota de rodapé anterior.

ainda antes do decurso do prazo se completar – portanto, quando o direito potestativo ainda não se havia constituído - e ficava dependente da “sorte” de que o prazo se completasse na pendência da acção. Inclusive, podia intentar a acção de divórcio decorridos poucos meses, ou singelos dias, ou mesmo no dia seguinte, à separação de facto.²⁵³ Tal interpretação contende com a letra e o espírito da lei.

Na nossa opinião, esta questão assume ainda mais relevância no regime actual, pois o prazo de separação de facto estabelecido na lei é de apenas um ano, ou seja, é muito curto, portanto, a admitir-se essa hipótese de o cônjuge intentar a acção sem estar completamente decorrido o prazo de separação, seria muito provável – olhando para a morosidade que caracteriza a justiça portuguesa – que, no decurso da mesma, o prazo se completasse. O que – além de iludir totalmente o espírito da lei e contender com a letra da mesma – retiraria importância a um acto tão importante da vida de um casal como é o divórcio, correndo-se o risco de o mesmo se tornar num acto leviano e precipitado.

Por outro lado, refira-se que, os defensores da posição que aqui criticamos apoiam o seu entendimento, sobretudo, na tese da actualidade da decisão. Acontece porém que, como bem explica o mencionado acórdão da Relação de Guimarães, de 25-11-2013, “o disposto no artigo 611.º, n.º 1 do novo CPC não nos pode conduzir a conclusão diversa na medida em que “os factos constitutivos, modificativos ou extintivos do direito que se produzam posteriormente à proposição da acção” abrangidos por este preceito são unicamente “os factos supervenientes à propositura da acção, englobando quer os objectivamente supervenientes, quer os que o são apenas subjectivamente (artigo 588.º, n.º 2 novo CPC), [que] hão-de ser introduzidos no processo mediante alegação das partes (artigo 5.º novo CPC), em articulado normal ou eventual ou, quando ocorram ou sejam conhecidos depois da fase dos articulados, em articulado superveniente, que, com sujeição aos prazos do artigo 588.º-3, pode ser apresentado até ao encerramento dos debates sobre a matéria de facto (art. 588.º, n.º 1)”. Ora, no caso em apreço, de se completar, na pendência da acção de divórcio, o prazo de separação de facto, relevante para o obter, não se trata de um “facto novo” invocável pelo autor, “mas simples reflexo da demora processual, que não é, nem integral, a causa de pedir do divórcio, não dependendo da vontade do respectivo titular – não sendo, conseqüentemente, invocável ao abrigo deste preceito [o artigo 611.º

²⁵³ Assim também Tomé d’Almeida Ramião, *O divórcio...*, cit., p. 59.

CPC] para suprir a originária inexistência do direito do autor a requerer e obter o divórcio, com base no fundamento por ele concretamente invocado”.

Em suma, acolhemos a posição segundo a qual a separação de facto tem de estar verificada há um ano (ou mais) ao tempo da propositura da acção.

Finalmente, uma nova questão controversa que se levantou, com a entrada em vigor da Lei n.º 61/2008 - e tendo em conta a introdução da cláusula geral da alínea d) do artigo 1781.º do CC -, foi a de saber se, numa situação de separação de facto que dure há menos de um ano consecutivo, pode ou não o cônjuge que pretenda o divórcio intentar a acção com fundamento em “quaisquer outros factos que, independentemente da culpa dos cônjuges, mostrem a ruptura definitiva do casamento”. Parece-nos óbvio que esta questão só tem relevância para quem entenda – como é o nosso caso – que a propositura da acção de divórcio com fundamento na separação de facto por um ano consecutivo, só pode ser efectuada se nessa data (da propositura) já tiver completamente decorrido o prazo de um ano de separação de facto. Isto porque quem sustente entendimento contrário, à partida sempre poderia intentar a acção antes do decurso do prazo total e esperar que o mesmo se completasse na sua pendência. Já o nosso entendimento pressupõe que o cônjuge tenha de esperar um ano completo para depois poder propor a acção. Mas a questão é a seguinte: poderá intentá-la, antes de decorrido esse período, agora ao abrigo da nova alínea d)?²⁵⁴

6.2. A alteração das faculdades mentais do outro cônjuge, que dure há mais de um ano e, pela sua gravidade comprometa a possibilidade de vida em comum:

Dispõe o artigo 1781.º, na alínea b) do CC, que é fundamento de divórcio sem consentimento de um dos cônjuges “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”. À semelhança do fundamento de divórcio anteriormente analisado, também este se trata de uma causa objectiva do divórcio sem consentimento do outro cônjuge.

A Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro, diminuiu o prazo exigido para que o cônjuge possa pedir o divórcio com este fundamento, de três anos para um ano, sendo esta a única alteração efectuada a tal causa de divórcio.

²⁵⁴ Esta questão será alvo da nossa análise, adiante, no capítulo IV.

Com efeito, resulta do citado preceito que têm de estar verificados os seguintes pressupostos²⁵⁵ (cumulativos) para que o divórcio seja decretado com fundamento na alínea b): a) a alteração das faculdades mentais do cônjuge contra o qual o divórcio é pedido, ou seja, uma anomalia mental ou psíquica, independentemente da causa dessa anomalia, que lhe diminua ou retire lucidez ou capacidade intelectual; b) que dure (a alteração das faculdades mentais) há mais de um ano; c) que seja grave; d) e que comprometa a possibilidade de vida em comum. Note-se que, este último requisito estará verificado (ou seja, a possibilidade da vida em comum ficará comprometida) se a manutenção do casamento for um sacrifício exagerado para o cônjuge requerente, e, por isso mesmo, inexigível. Recorre-se aqui à chamada “doutrina do limite do sacrifício”: a possibilidade da vida em comum fica comprometida se exceder o limite razoável do sacrifício.²⁵⁶ Além disso, poder-se-ia questionar se deve ponderar-se um cônjuge ideal ou aquele cônjuge em concreto, sendo entendimento pacífico que deve considerar-se um “cônjuge ideal”, ou seja, um cônjuge razoável, com entendimento normal, com são entendimento, tendo-se presente o grau de educação e a sensibilidade moral dos cônjuges.²⁵⁷ Portanto, concluímos que, com a exceção do prazo de duração da alteração das faculdades mentais, mantém-se os mesmos requisitos que no regime anterior.

Apenas tem legitimidade para pedir o divórcio com este fundamento da alínea b), o cônjuge que invoca a alteração das faculdades mentais do outro, nos termos do artigo 1785.º, n.º 1, 2.ª parte do CC, cabendo-lhe o ónus da prova dos pressupostos, os quais são muito exigentes.

Por fim, importa referir que o fundamento de divórcio da alteração das faculdades mentais do outro cônjuge não está previsto expressamente nos PEFL, elaborados pela CEFL, como causa de divórcio, porém as legislações europeias utilizam esta causa para fundamentar a “ruptura irremediável do casamento”. Apesar de em Portugal estar previsto autonomamente tal fundamento de divórcio, verifica-se, pela análise da jurisprudência dos nossos tribunais, que são escassas as acções de divórcio fundadas na alteração das faculdades mentais do outro cônjuge.

²⁵⁵ Sobre os pressupostos da alteração das faculdades mentais do outro cônjuge como causa de divórcio, cfr. Tomé d’Almeida Ramião, *O divórcio...*, cit., pp. 60 e ss.

²⁵⁶ Cfr. Tomé d’Almeida Ramião, *O divórcio...*, cit., p. 61.

²⁵⁷ Cfr. Tomé d’Almeida Ramião, *O divórcio...*, cit., p. 61.

6.3. A ausência, sem que do ausente haja notícias, por tempo não inferior a um ano:

Prevê a alínea c) do artigo 1781.º do CC, como causa de divórcio sem o consentimento de um dos cônjuges, “a ausência, sem que do ausente haja notícias, por tempo não inferior a um ano”. Também, neste caso, estamos perante uma causa objectiva de divórcio e independente da culpa dos cônjuges.

No que respeita a este fundamento de divórcio, verifica-se uma diminuição do prazo da ausência sem notícias legalmente exigido, de dois anos para um ano.

Quanto aos pressupostos da ausência sem notícias, para que esta possa fundamentar um pedido de divórcio sem o consentimento do outro cônjuge, são os seguintes: a) a ausência do outro cônjuge para local que não seja a casa de morada de família; b) que do cônjuge ausente não haja notícias, seja por parte deste ou de terceiros; c) a falta de notícias dure pelo período de, pelo menos, um ano consecutivo (ininterrupto).

Assim, o cônjuge do ausente, após o decurso do prazo de um ano, contado desde a data das últimas notícias, pode obter o divórcio. Sendo o prazo de um ano consecutivo, qualquer notícia do ausente, por si ou terceiros, interrompe o prazo já decorrido, reiniciando-se a contagem de novo prazo.

Como adiantámos aquando do estudo do regime anterior, esta causa da ausência sem notícias tinha particular relevo quando os prazos da ausência e da separação de facto como causas de divórcio eram distintos, sendo o da ausência inferior ao da separação de facto (2 e 3 anos, respectivamente). Porém, com a entrada em vigor da Lei n.º 61/2008, o prazo de relevância da ausência e da separação de facto passou a ser exactamente o mesmo, ou seja, de um ano consecutivo. Esta alteração poderia levar a pensar que, sendo os prazos iguais, e mais fácil a prova da separação de facto, então, estando preenchido o elemento objectivo (a divisão de residências) na ausência, se estivesse também preenchido o elemento subjectivo, a vontade de pelo menos um dos cônjuges em não retomar a vida em comum, o cônjuge do ausente sempre poderia propor a acção com fundamento na separação de facto, assim tornando-se desnecessária a previsão da ausência como causa de divórcio, à luz do novo regime. Mas será mesmo assim?²⁵⁸

²⁵⁸ Note-se que, Tomé d’Almeida Ramião, *O divórcio...*, cit., p. 62 sustenta que, sendo o mesmo (um ano consecutivo) o prazo exigido para pedir o divórcio com base na ausência e na separação de facto, poderá o cônjuge, para a eventualidade de não fazer a prova da ausência [requisitos mais exigentes], invocar a

Na verdade, temos que reconhecer que há alguma dificuldade em distinguir a figura da separação de facto por um ano consecutivo da ausência sem notícias também por um ano consecutivo. Porém, o elemento da separação de facto que não está presente na ausência sem notícias é o elemento subjectivo, a intenção. Por exemplo, numa situação em que um dos cônjuges não sabe do paradeiro do outro, não tendo quaisquer notícias deste, quer por ele, quer por terceiros (ausência sem notícias), o propósito de não retomar a vida em comum pode não existir desde o início dessa ausência, pelo que a partir de um determinado momento o cônjuge do ausente tinha de manifestar essa intenção de não retomar a vida em comum, o que implicava outro tipo de prazo. Portanto, por um lado, o elemento objectivo da separação de facto e da ausência é o mesmo (em termos mais rigorosos, é muito semelhante, pois na ausência exige-se que a falta de coabitação seja sem notícias, enquanto que na separação de facto tal falta de notícias não é requisito exigido). Por outro lado, na ausência, não se verifica o elemento subjectivo, a intenção, que basta, pelo menos, de um dos cônjuges. No fundo, a ausência inicia-se a partir do momento objectivo em que deixa de haver notícias do outro cônjuge. A título de exemplo, um cônjuge pode não saber do paradeiro do outro, nem ter quaisquer notícias dele, por parte deste ou de terceiro, há um ano, logo, pode pedir o divórcio com fundamento na alínea c) do artigo 1781.º do CC. Ora, no mesmo caso, poderia suceder que, embora não tivesse notícias do outro cônjuge há um ano, o cônjuge só agora, após tanto tempo sem saber nada do outro e sentindo-se abandonado por ele, tenha a intenção ou o propósito de não retomar a vida em comum. Então se propõe uma acção de divórcio com fundamento na separação de facto, o elemento objectivo estará preenchido. E o elemento subjectivo? Qual foi o momento a partir do qual o cônjuge teve a intenção de não reatar a coabitação? Só a partir desse momento, é que estariam verificados cumulativamente os dois elementos da separação de facto e, conseqüentemente começaria a correr o prazo da separação de facto como fundamento do divórcio, o qual ainda não estaria completo no momento da propositura da acção. Pretendemos demonstrar com este exemplo que, pode suceder em certos casos que, a acção seja procedente com fundamento na ausência sem notícias, mas

separação de facto, “alegando e demonstrando o elemento subjectivo (...) visto que essa ausência pressupõe a verificação de uma situação de separação de facto “hoc sensu”; aliás, considera o autor que, sendo os prazos iguais, “seguramente que o cônjuge que pretende o divórcio irá invocar a separação de facto como causa de divórcio, por ter mais possibilidades de êxito na obtenção do seu divórcio”.

se fosse intentada com fundamento na separação de facto revelar-se-ia improcedente, por falta do elemento subjectivo.

Note-se ainda que, com a eliminação da declaração do cônjuge tido como único ou principal culpado, na acção de divórcio com fundamento na ausência sem notícias, a culpa deixa de ter relevância ao nível dos efeitos do divórcio, nomeadamente, para aplicação das sanções patrimoniais acessórias ao cônjuge declarado único ou principal culpado. Em conformidade, foi revogado o artigo 1783.º do CC.

Apenas tem legitimidade para pedir o divórcio com este fundamento da alínea c), o cônjuge que invoca a ausência do outro, nos termos do artigo 1785.º, n.º 1, 2.ª parte, do CC, cabendo-lhe o ónus da prova dos respectivos pressupostos.

Por fim, importa sublinhar que – à semelhança da alteração das faculdades mentais - a ausência sem notícias como fundamento de divórcio também não consta dos Princípios da CEFL, mas em algumas legislações europeias fundamenta a causa da “ruptura irremediável do casamento”, assim como são escassas, no nosso país, as acções de divórcio sem consentimento do outro cônjuge propostas com este fundamento.

6.4. Quaisquer outros factos que, independentemente da culpa dos cônjuges, mostrem a ruptura definitiva do casamento: a nova causa (remissão)

Como já tivemos oportunidade de referir, a grande inovação da Lei n.º 61/2008, ao nível dos fundamentos de divórcio sem o consentimento de um dos cônjuges, foi a introdução de uma cláusula geral objectiva na alínea d) do artigo 1781.º do CC. Remetemos a análise desenvolvida desta nova causa de divórcio sem consentimento para o capítulo seguinte.

Capítulo IV – A cláusula geral da “nova” alínea d) do artigo 1781.º do Código Civil: reflexão crítica sobre as dificuldades na sua concretização e aplicação na prática jurisprudencial

7. A cláusula geral da alínea d) do artigo 1781.º do Código Civil: “*quaisquer outros factos que, independentemente da culpa dos cônjuges, mostrem a ruptura definitiva do casamento*”

7.1. Dificuldades na concretização e aplicação da cláusula geral da alínea d). Contributo para o seu preenchimento na doutrina e na jurisprudência.

A nova causa de divórcio da alínea d) do artigo 1781.º do CC introduzida pela Reforma de 2008, em virtude da sua amplitude e da utilização de conceitos jurídicos indeterminados, gerou uma enorme divergência na nossa doutrina quanto ao preenchimento desses mesmos conceitos, sobretudo no momento imediatamente posterior à entrada em vigor da Lei n.º 61/2008. Também na jurisprudência se fizeram sentir muitas dificuldades na aplicação prática desta causa de divórcio e, como constataremos adiante, ainda hoje não é uma questão totalmente pacífica nos nossos tribunais superiores.

Assim, por ser esta a questão central da nossa dissertação, importa fazer um estudo desenvolvido sobre a mesma.

Começaremos por dar conta das principais posições doutrinárias sobre o tema, seguindo-se uma análise de vários acórdãos da nossa jurisprudência, com o fito de averiguar o modo como os tribunais têm aplicado o fundamento de divórcio da alínea d). Saliente-se, desde já, que tratando-se de uma causa de divórcio indeterminada, a lei concede ao juiz uma margem de livre apreciação.

Para que não restem dúvidas, e delimitando assim o cerne da nossa dissertação, a questão central que iremos tratar ao longo deste capítulo é a seguinte: quais são os factos que o juiz deve considerar como factos que demonstram a “ruptura definitiva do casamento”, e como tal que constituem fundamento para o decretamento do divórcio ao abrigo da cláusula geral da alínea d) do artigo 1781.º do CC?

7.1.1. Na doutrina:

A nova causa de divórcio da alínea d) suscitou muitas dúvidas e dificuldades de interpretação e delimitação do seu conteúdo por parte da generalidade da nossa doutrina.

Refere Maria Clara Sottomayor que “o âmbito exacto da cláusula geral consagrada na al. d) do art. 1781.º será difícil de definir, na prática, podendo os tribunais incluir aqui apenas as antigas violações culposas dos deveres conjugais, sem exigir a prova da culpa, ou alargar o alcance da norma de forma a abranger a perda de afecto de um dos cônjuges pelo outro”.²⁵⁹

Também Tomé d’Almeida Ramião reconhece o mesmo problema da difícil delimitação do conteúdo da alínea d): o legislador “(...) não concretizou ou preencheu esse conceito vago e indeterminado de “ruptura definitiva do casamento”, nomeadamente com a utilização de critérios objectivos, deixando à jurisprudência e à doutrina a sua definição e concretização. E fê-lo utilizando uma cláusula geral do divórcio, contrariamente às restantes situações elencados no art. 1781.º, em que individualiza e concretiza com precisão as causas do divórcio.”²⁶⁰

Igualmente foi levantada a dúvida por Eva Costa sobre que factos deverão caber na cláusula geral da alínea d). Assim, questiona a autora: “Bastará, por exemplo, a alegação de que o cônjuge autor já não ama o outro? De que quer perseguir um projecto de vida diferente? De que já não consegue atingir o “bem-estar individual” no seio da relação matrimonial? Ou terá o autor que concretizar, explicar porque já não ama o seu cônjuge, alegar que o casal já não tem projecto de vida em comum, que há muito não convive, que não partilha mesa e cama?”²⁶¹ Estes são apenas alguns exemplos de interrogações que surgiram na nossa doutrina acerca da interpretação do fundamento de divórcio da alínea d).

Posto isto, importa então analisar as principais posições defendidas na nossa doutrina quanto ao preenchimento da mencionada alínea d).

Guilherme de Oliveira começa por sugerir que se recorra à experiência prática dos sistemas estrangeiros que consagram mais amplamente o divórcio-ruptura. Neste contexto, exemplifica que vários sistemas jurídicos estrangeiros admitem outras causas de ruptura do casamento, como a doença infecciosa, a violência doméstica física ou verbal, a bigamia, o

²⁵⁹ Cfr. Maria Clara Sottomayor, *Uma análise...*, cit., p. 30.

²⁶⁰ Cfr. Tomé d’Almeida Ramião, *O divórcio...*, cit., p. 66.

²⁶¹ Cfr. Eva Dias Costa, *A eliminação...*, cit., p. 72.

adultério, o cumprimento de pena de prisão, a tentativa de homicídio de um familiar próximo, o abuso do álcool, a negligência grosseira relativamente ao cônjuge, etc., as quais se utilizam não como causa de divórcio, mas antes para fundamentar a “ruptura irremediável do casamento”.²⁶² Daí que sustente o autor que a aplicação da alínea d) do artigo 1781.º do CC não deva permitir a relevância de factos banais e esporádicos.²⁶³

Por outro lado, apela à tradição jurisprudencial portuguesa para a concretização da alínea d), defendendo que os conceitos de “gravidade” e “impossibilidade de vida em comum”, usados no regime anterior no âmbito do divórcio litigioso fundado na violação culposa de deveres conjugais, também poderiam auxiliar na concretização da referida cláusula geral.²⁶⁴ Além disso, sustenta que também se poderá vir a dar relevo a factos menos graves do que aqueles, sem chegar a banalizar a aplicação do artigo 1781.º, alínea d), como sejam “factos que mostrem objectivamente, e repetidamente, o desinteresse total, a falta radical de cooperação e de comprometimento na “vida da família que fundaram” (artigo 1674.º), a negligência grosseira a que se vota um cônjuge ou os filhos comuns”, isto é, casos que pela sua “reiteração”, tornam a vida em comum inexistente ou inexigível.²⁶⁵

Refira-se, ainda, que na opinião do citado autor, há necessidade de uma aplicação exigente dessa norma, realizada de harmonia com as alíneas a) a c) do mesmo preceito. Isto porque, a causa de divórcio sem consentimento mais utilizada é a separação de facto (alínea a)), que estabelece um “padrão de exigência quanto aos índices objectivos de ruptura definitiva do casamento”: a separação de facto por um ano consecutivo. Ora, perante este dado objectivo, o tribunal terá de decretar o divórcio, isto é, nenhum juiz pode duvidar de que aquele facto objectivo, com aquele prazo de um ano completamente decorrido, demonstra a ruptura do casamento.²⁶⁶ E o mesmo se poderá dizer quanto às causas de divórcio das alíneas b) e c) do artigo 1781.º.²⁶⁷ Diversamente, na aplicação da alínea d), o tribunal tem uma margem de livre apreciação, isto é, “fica com a liberdade indispensável para reconhecer quando é que certos factos (não previstos na lei) mostram a ruptura definitiva do casamento; e o juiz não tem um elenco de factos relevantes, nem um prazo mínimo de duração, que o possa guiar no seu juízo”. Conclui que a exigência de

²⁶² Cfr. Guilherme de Oliveira, *A nova lei...*, cit., pp. 13 e ss.

²⁶³ Cfr. Guilherme de Oliveira, *A nova lei...*, cit., p. 14.

²⁶⁴ Em sentido semelhante, cfr. Cristina Dias, *Uma análise...*, cit., p. 41.

²⁶⁵ Cfr. Guilherme de Oliveira, *A nova lei...*, cit., p. 14.

²⁶⁶ Note-se que a separação de facto tem de preencher também o elemento subjectivo.

²⁶⁷ Cfr. Guilherme de Oliveira, *A nova lei...*, cit., pp. 14 e ss.

prova da ruptura terá de ser mais consistente relativamente à alínea d) do que às restantes alíneas, para que não haja dúvidas de que não ficou consagrado no nosso país, designadamente na alínea d), o divórcio a-pedido de um dos cônjuges, por razões subjectivas.²⁶⁸

Outro contributo doutrinal relevante foi o de Rita Lobo Xavier²⁶⁹, que entende que, nos factos que mostram a “ruptura definitiva do casamento” podem ser incluídos aqueles que envolvam o incumprimento dos deveres conjugais. E justifica a sua posição com base no seguinte argumento: “apesar de o ilícito conjugal culposos ter perdido relevância como fundamento do divórcio, o casamento continua a ser um contrato que gera deveres recíprocos entre os cônjuges (art 1672.º) que representam a concretização da plena comunhão de vida a que se obrigam, nos seus vários e inesgotáveis aspectos”.²⁷⁰ Assim, entende a autora que “a alegação e prova de que os deveres conjugais não estão a ser cumpridos pode ser um indício de ruptura da comunhão de vida, porque estes deveres são a concretização da obrigação de comunhão de vida assumida. Tais factos serão apreciados «independentemente da culpa dos cônjuges», o que significa, em meu [seu] entender, (...) que “o incumprimento dos deveres conjugais será apreciado de forma objectiva, isto é, mesmo que sejam comportamentos do cônjuge réu «desculpáveis» e, inclusivamente, que o próprio autor pode alegar e provar incumprimentos que lhe são imputáveis. Estes factos serão «objectivos», no sentido em que se provam pela demonstração da sua simples ocorrência. Os factos que «mostrem a ruptura definitiva do casamento» têm de ser objectiváveis, não pode tratar-se de simples afirmações sobre «sentimentos» ou «estados de alma»: tais «sentimentos» ou «estados de alma» terão de reflectir-se em atitudes e comportamentos comprováveis.”²⁷¹ Entende ainda que, se o cônjuge alegar e provar que já não sente afecto pelo outro não basta como fundamento para o divórcio sem consentimento de um dos cônjuges. Finalmente, a autora concorda com o entendimento de Guilherme de Oliveira supramencionado, no que respeita à necessidade de uma aplicação exigente da alínea d), por forma a não permitir a relevância de factos banais e esporádicos.²⁷²

²⁶⁸ Cfr. Guilherme de Oliveira, A nova lei..., cit., p. 15.

²⁶⁹ Cfr. Rita Lobo Xavier, “Direito ao divórcio, direitos recíprocos dos cônjuges e reparação dos danos causados: liberdade individual e responsabilidade no novo regime do divórcio”, *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Heinrich Hörster, Almedina, 2012*, pp. 501 e ss.

²⁷⁰ Cfr. Rita Lobo Xavier, *Direito...*, cit., pp. 501 e ss.

²⁷¹ Cfr. Rita Lobo Xavier, *Direito...*, cit., pp. 501 e ss.

²⁷² Na mesma linha de pensamento desta autora, cfr. Alexandra Viana Lopes, *Divórcio...*, cit., pp. 152-153.

Por sua vez, sustenta Amadeu Colaço, quanto à concretização da alínea d) do artigo 1781.º do CC que tal causa apresenta os seguintes elementos: i) têm de se tratar de factos; ii) têm que ser outros factos, que não os previstos nas anteriores alíneas do artigo 1781.º do CC; iii) tais factos têm de ser reveladores da ruptura definitiva do casamento; iv) não depende da eventual culpa de um ou de ambos os cônjuges (a qual poderá ou não verificar-se); e v) não depende do decurso de qualquer prazo (ao contrário das restantes causas de divórcio, constantes do artigo 1781.º). Os três primeiros elementos terão necessariamente de se verificar.²⁷³ Sublinha o autor que, dentre todos estes elementos, o mais difícil de concretizar é o conceito de “ruptura definitiva do casamento”. Da análise dessa cláusula geral resulta, na opinião do autor – diversamente do que poderia indiciar a Exposição de motivos - que “não bastará uma qualquer ruptura do casamento, pois que será necessário tratar-se de uma ruptura definitiva”.²⁷⁴ Afirma que é evidente que a violência doméstica consubstancia uma situação de ruptura do casamento, mas as situações de ruptura definitiva do casamento não se cingem à violência doméstica. Ora, considera o autor que “não releva uma qualquer situação subjectiva, nomeadamente, um mero “capricho” ou “vontade momentânea” de um dos cônjuges em se divorciar do outro. Ao invés, o cônjuge que pretenda interpor [propor] uma acção com este fundamento, terá de alegar e provar a existência de uma situação objectiva e passível de constatação, que revele uma situação de ruptura definitiva do casamento (a sua falência ou fracasso).”²⁷⁵ Sustenta ainda que, “mesmo na hipótese de um dos cônjuges invocar a simples cessação do afecto pelo outro, terá sempre que alegar e provar factos que sustentem uma situação de ruptura definitiva do casamento, ainda que derivada da cessação do afecto”.²⁷⁶

Tomé d’Almeida Ramião entende que a causa geral de divórcio prevista na alínea d) do artigo 1781.º do CC é residual, ou seja, só funciona quando não se verifica qualquer outra das causas previstas nas alíneas a) a c) do mesmo preceito. E justifica a sua posição com base na inserção sistemática dessa alínea d) e na utilização da expressão “quaisquer outros factos”, leia-se, “quaisquer outros factos que não os previstos nas alíneas anteriores, ou quaisquer outros factos para além daqueles, que constituem causas autónomas e independentes do divórcio”. Assim, por exemplo, o cônjuge não pode pedir o divórcio com

²⁷³ Cfr. Amadeu Colaço, *Novo regime...*, cit., p. 67.

²⁷⁴ Cfr. Amadeu Colaço, *Novo regime...*, cit., p. 68.

²⁷⁵ Cfr. Amadeu Colaço, *Novo regime...*, cit., pp. 68 e ss. No mesmo sentido, António José Fialho, “Algumas questões sobre o novo regime jurídico do divórcio”, *Revista do CEJ*, n.º 14, 2.º semestre 2010, p. 86.

²⁷⁶ Cfr. Amadeu Colaço, *Novo regime...*, cit., p. 70.

fundamento na alínea d), alegando a separação de facto por seis meses, pois para que a separação de facto constitua causa autónoma de divórcio tem de durar pelo período de um ano consecutivo à data da propositura da acção de divórcio.²⁷⁷

Por outro lado, entende o mencionado autor que, “ao consagrar no preceito legal “quaisquer outros factos que, independentemente de culpa”, pretende significar que a ruptura definitiva do casamento, enquanto fundamento para o divórcio sem consentimento, deve assentar num juízo objectivo dos factos alegados e provados”, pelo que “a culpa é irrelevante para o efeito de decretar o divórcio, mas não como elemento de avaliação do preenchimento do conceito da “ruptura definitiva do casamento”.²⁷⁸ Ou seja, o que o legislador pretendeu foi eliminar de forma definitiva a culpa, enquanto fundamento de divórcio e as suas consequências patrimoniais. Daí que não tenha modificado, revogado ou alterado os deveres conjugais. E conclui: “o que se pretendeu foi excluir a questão da culpa enquanto pressuposto necessário do direito ao divórcio, enquanto elemento integrante do direito ao divórcio, mas não enquanto elemento demonstrativo da “ruptura definitiva do casamento”. Tratou-se apenas de transferir a questão da culpa para o juízo de avaliação e concretização do conceito legal “ruptura definitiva do casamento”. Donde, [na opinião do autor], a questão da violação culposa ou inobservância dos deveres conjugais continua a ser relevante na apreciação da consagrada “ruptura definitiva do casamento”.²⁷⁹ Conclui que o divórcio actualmente só depende da constatação da ruptura definitiva do casamento, provocada por qualquer outro facto, que pode constituir ou não uma violação culposa de um dever conjugal. Mas se traduzir uma violação culposa de deveres conjugais torna mais evidente a ruptura definitiva do casamento.²⁸⁰

Entende ainda o autor que, além da violação ou inobservância de deveres conjugais, outros factos podem demonstrar a ruptura definitiva do casamento, dando o seguinte exemplo: o caso em que “os cônjuges mantêm uma persistente relação conflituosa, com discussões e desentendimentos constantes, com a conseqüente perda da afectividade entre ambos, provocando sentimentos de mal-estar, angústia e sofrimento”. Sublinhe-se, por fim, que essa ruptura tem de ser definitiva, não basta uma ruptura ocasional ou temporária, mas antes “tem de ser definitiva, no sentido de ser irremediável,

²⁷⁷ Cfr. Tomé d’Almeida Ramião, *O divórcio...*, cit., pp. 66 e ss.

²⁷⁸ Cfr. Tomé d’Almeida Ramião, *O divórcio...*, cit., p. 67.

²⁷⁹ Cfr. Tomé d’Almeida Ramião, *O divórcio...*, cit., p. 67.

²⁸⁰ Cfr. Tomé d’Almeida Ramião, *O divórcio...*, cit., p. 68.

sem solução, sem qualquer possibilidade de restabelecimento da relação conjugal e de uma plena comunhão de vida, que o casamento implica e pressupõe”, devendo a ruptura definitiva do casamento ser avaliada tendo como padrão o “cônjuge ideal”, e não se lhe deve exigir um sacrifício exorbitante (tendo também aqui aplicação a doutrina do limite do sacrifício).²⁸¹

Por sua vez, Maria Clara Sottomayor, relativamente à inclusão da violência doméstica na cláusula da alínea d), sustenta que, de acordo com os elementos gramatical, teleológico e sistemático, “a formulação encontrada para integrar a violência doméstica, como causa objectiva de divórcio – um facto que, independentemente de culpa, determina uma ruptura definitiva da vida em comum (art. 1781.º, al. d)) – não é, de um ponto de vista técnico-jurídico, adequada. A inclusão da violência doméstica nesta disposição legal (art. 1781.º, al. d)) representa uma contradição conceitual, uma vez que a ruptura da vida em comum é considerada uma causa objectiva de divórcio, que não depende de culpa, sendo especialmente apta para integrar as situações em que um dos cônjuges deseja o divórcio porque a relação afectiva terminou, sem que qualquer dos cônjuges tenha praticado factos ilícitos contra a pessoa do outro. (...) Ora não é possível afirmar, por tal representar uma quebra da unidade do sistema jurídico, que a violência doméstica, um facto ilícito simultaneamente civil e penal, não constitui um facto culposos, no domínio do direito da família”.²⁸² Por outro lado, afirma ainda a autora que “a facilitação do divórcio pretendida com esta reforma, que permitiria um divórcio rápido às mulheres, também não é atingida”, pois “não estamos (...) perante uma causa peremptória de divórcio, que exige do(a) juiz(a) o decretamento do divórcio, uma vez provados os factos”, mas antes “estamos perante uma causa facultativa de divórcio, em que para além dos factos terem de ser provados, com todas as dificuldades e conflitos inerentes, o(a) juiz(a) fará recair sobre os factos provados o seu juízo de valor discricionário acerca da questão de saber se há ou não uma ruptura definitiva da vida em comum, podendo não decretar o divórcio”.²⁸³ Face ao exposto, conclui a autora que a solução mais coerente com a realidade social portuguesa passaria pela consagração da violência doméstica contra as mulheres e os maus-tratos às crianças, como causas autónomas e peremptórias de divórcio.²⁸⁴

²⁸¹ Cfr. Tomé d’Almeida Ramião, *O divórcio...*, cit., pp. 69 e ss.

²⁸² Cfr. Maria Clara Sottomayor, *Uma análise...*, cit., p. 31.

²⁸³ Cfr. Maria Clara Sottomayor, *Uma análise...*, cit., p. 32.

²⁸⁴ Cfr. Maria Clara Sottomayor, *Uma análise...*, cit., pp. 26 e 32. No mesmo sentido, Cristina Dias, *Uma análise...*, cit., p. 37.

Em sentido diverso das posições até aqui mencionadas – as quais se inclinam para o entendimento de que a alínea d) é uma causa de divórcio-ruptura, sendo necessário ao cônjuge que pretende o divórcio, alegar e provar factos objectivos que demonstrem a ruptura definitiva do casamento, para que o divórcio possa ser decretado –, alguns autores entendem que, com a Lei n.º 61/2008 ficou (ou era pretendido ficar) consagrado o sistema do divórcio a-pedido ou de divórcio-repúdio²⁸⁵ no ordenamento português, nomeadamente, na referida alínea d).

Hörster é um dos autores que afirma expressamente entender que a concepção que ficou consagrada no regime português foi a do divórcio-repúdio, isto é, o divórcio fica dependente da vontade unilateral e subjectiva de apenas um dos cônjuges que não quer continuar casado, não sendo necessário alegar qualquer fundamento para o pedido de divórcio. O autor justifica o seu entendimento com base nas afirmações constantes da exposição de motivos do Projecto de Lei n.º 509/X, que aponta nesse sentido.²⁸⁶

Eva Dias Costa parece defender ter a Lei pretendido consagrar na alínea d) o divórcio a-pedido. Assim, afirma a autora “na última e genérica alínea não há qualquer menção a prazo ou gravidade”; “exige-se apenas que os factos alegados sejam susceptíveis de demonstrar a ruptura definitiva do casamento, sendo certo que da exposição de motivos do projecto resulta para nós [autora] claro que o simples facto de um dos cônjuges querer o divórcio implicará necessariamente a ruptura definitiva da vida em comum. Pelo que não se entende sequer que espécie de factos deve o autor da acção deixar alegados”.²⁸⁷ Ou seja, segundo a autora, bastaria a vontade unilateral de um dos cônjuges em se divorciar para o decretamento do divórcio, entendendo que a concepção subjacente à alínea d) deveria ser o divórcio a-pedido.

Finalmente – se bem interpretamos o seu texto - parece-nos que também Pamplona Corte-Real se inclina para o entendimento de que o artigo 1781.º, alínea d) do CC tem subjacente o divórcio a-pedido. Assim, refere o autor que “não sendo clara a leitura do 1781.º, crê-se que o divórcio-fracasso deveria aparentemente depender apenas da vontade e leitura de qualquer um dos cônjuges, cabendo ao juiz um papel mínimo na valoração do carácter inequívoco de uma ruptura por qualquer deles desejada. Obrigar os

²⁸⁵ Note-se que, a doutrina tem utilizado indistintamente estes dois fundamentos, embora existam, na verdade, diferenças entre eles.

²⁸⁶ Cfr. Hörster, *A responsabilidade civil...*, cit., p. 94.

²⁸⁷ Eva Dias Costa, *A eliminação...*, cit., pp. 71 e ss.

cônjuges a continuarem casados, parece corresponder a uma reminiscência passadista quanto à virtual perenidade do vínculo conjugal. Ainda a tutela da personalidade, a inspirar a interpretação que parece dever ser dada ao artigo 1781.º, e em especial à sua al. d)”.²⁸⁸

7.1.2. Na jurisprudência:

Prosseguimos agora com uma análise da jurisprudência que aplica a cláusula geral da alínea d) do artigo 1781.º do CC.

- Acórdão do STJ de 3 de Outubro de 2013:²⁸⁹

Neste caso, trata-se de uma acção de divórcio sem consentimento de um dos cônjuges proposta pelo cônjuge marido contra a mulher, alegando como fundamento “ruptura do casal (...) patente e definitiva”, invocando o disposto na alínea d) do artigo 1781.º CC.

A 1.ª instância julgou a acção improcedente. É de realçar que este tribunal analisou o pedido de divórcio fundamentalmente na perspectiva de que a causa de pedir alegada pelo autor foi a separação de facto, entendendo que, não estando decorrido à data da propositura da acção o prazo de um ano consecutivo, não estaria preenchido o fundamento da alínea a) do artigo 1781.º. E mesmo na ponderação sobre se os factos provados integrariam ou não a “ruptura definitiva do casamento”, sendo fundamento de divórcio nos termos da alínea d) do referido preceito, este tribunal centrou-se na questão de saber se “perante a não coabitação dos cônjuges, verificada há cinco meses, considerando a data da propositura da acção, é possível [ou não] concluir que se verifica uma situação de ruptura do casamento”, concluindo pela negativa, argumentando que “face à exiguidade desse lapso de tempo [de um ano] que não permite concluir ser tal ruptura definitiva, mesmo inexistindo da parte do autor o propósito de reatar a vida em comum com a ré”. E conclui: “entender de outra forma, seria permitir que não se provando a separação de facto por um ano consecutivo, se pudesse considerar uma separação “mais curta” no tempo,

²⁸⁸ Cfr. *Direito da Família...*, cit., p. 22.

²⁸⁹ Processo n.º 2610/10.9TMPRT.P1.S1 – 7.ª Secção, relatora Maria dos Prazeres Pizarro Beleza, disponível em www.dgsi.pt.

como fundamento de divórcio. Entendemos não ter sido esse, o propósito do legislador na transcrita alínea d) do artigo 1781.º do CC.”

Em sede de recurso, o Tribunal da Relação do Porto²⁹⁰ analisou a questão de um outro prisma, pois entendeu que o “equivoco” da decisão recorrida foi o de analisar os factos dados como provados apenas na perspectiva da separação de facto como fundamento do divórcio. Assim, esta Relação, distinguindo os casos das alíneas a) e d), considerou que, no caso dos autos, os factos provados permitem concluir que o “autor e a ré não coabitam, não fazem vida em comum, em qualquer dos segmentos que define o casamento, reiterando a infracção aos deveres que o devem pautar, concretamente de respeito, fidelidade, coabitação, cooperação e assistência”. Pelo que considerou a Relação que tais factos demonstram uma “ruptura definitiva do casamento”, revogando a sentença da 1.ª instância.

Desta decisão recorreu a ré para o STJ, sustentando, em conformidade com o decidido em 1.ª instância, que a não coabitação dos cônjuges por um período inferior a um ano não demonstra a ruptura definitiva do casamento, pois “outro entendimento, seria permitir que provada a separação de facto por um qualquer período mínimo, o divórcio teria de ser decretado, pois a separação dos cônjuges implica a natural ruptura dos princípios basilares do casamento, como o dever de coabitação, de assistência, de cooperação, fidelidade, etc.”. E “tal entendimento desvirtuaria o propósito do legislador quando determinou o período mínimo de um ano consecutivo para a separação de facto”.

Ora, foram dados como provados – no que aqui nos interessa – os seguintes factos: “(...) 6. O casal deixou de fazer qualquer vida em comum; 7. O autor e a ré não tomam as refeições juntos; 8. O autor e a ré não saem juntos, não fazem qualquer vida social em comum e vai sempre cada um para seu lado para visitar amigos ou familiares; 9. Em Abril de 2010, o autor abandonou o lar conjugal e deixou de pernoitar em casa e de dormir com a ré; 10. O autor e a ré não mantêm qualquer contacto íntimo; 11. O autor não mais quer voltar nem reatar a vida em comum com a ré”.

A questão central colocada ao STJ é a de saber se tais factos provados permitem demonstrar a “ruptura definitiva do casamento”, preenchendo o fundamento de divórcio da alínea d) do artigo 1781.º CC, para o qual não se exige qualquer duração mínima.

²⁹⁰ Cfr. o acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 22-04-2013, processo n.º 2610/10.9TMPRT.P1, relatora Ana Paula Carvalho, disponível em www.dgsi.pt.

O STJ entendeu que, resulta da Exposição de motivos do Projecto de Lei n.º 509/X que, o critério escolhido pelo legislador para determinar se certos factos demonstram a “ruptura definitiva do casamento” nos termos da al. d), foi o seguinte: tais factos têm de “revelar uma inexistência da comunhão de vida própria de um casamento, e de forma definitiva”. Essa comunhão de vida integra os deveres conjugais de respeito, fidelidade, coabitação e cooperação, previstos no artigo 1672.º do CC. Assim, entende o STJ que “a demonstração da ruptura definitiva (...) implicará, naturalmente, a prova da quebra grave desses deveres, e da convicção da irreversibilidade do rompimento da comunhão própria da vida conjugal” (sublinhado nosso). Constata o STJ que o pedido de divórcio se fundou apenas na alínea d), tendo para tal o autor alegado, e provado, factos susceptíveis de preencherem esse fundamento de divórcio. Nesta sequência, decidiu o STJ que, não obstante a afirmação pelo autor de que tinha deixado o lar conjugal em 29 de Abril de 2010 - o que tornaria inviável o pedido se a causa de pedir fosse a separação de facto, posto que a acção foi proposta em Novembro de 2010 -, os factos alegados e provados demonstram a cessação irreversível da comunhão conjugal, preenchendo o fundamento de divórcio da alínea d). Acresce que, defende o acórdão que, no contexto da causa de pedir da alínea d), o tempo ou a duração desses factos releva como elemento de prova da cessação duradoura e irreversível da comunhão conjugal.

- Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 06-06-2013.²⁹¹

Trata-se de uma acção de divórcio sem consentimento proposta pelo cônjuge mulher contra o marido, com fundamento no artigo 1781.º do CC, alegando o corte de relações entre ambos desde Setembro de 2009, a separação de facto desde o mês de Julho de 2010 e o propósito firme de não restabelecer a comunhão de vida com o réu.

Decidiu o tribunal de 1.ª instância que os factos provados não integravam a cláusula da alínea d) do artigo 1781.º, não se verificando qualquer outro fundamento previsto no mencionado preceito, nomeadamente, o da alínea a), por não se ter provado a separação de facto por um ano consecutivo aquando da propositura da acção.

A questão colocada no recurso prende-se com a delimitação do âmbito da alínea d), concretamente, a de saber se a ruptura definitiva do casamento a que alude a al. d) pode

²⁹¹ Processo n.º 424/11.8TMFAR.E1, relatora Conceição Ferreira, disponível em www.dgsi.pt.

ser demonstrada através da prova de quaisquer factos ou antes se os factos passíveis de integrar as previsões das alíneas a) a c) do artigo 1781.º não podem ser considerados para esse efeito.

Entendeu a Relação de Évora o seguinte: “numa visão formalista podíamos ser tentados a considerar que tendo os factos sido alegados para integrarem a previsão da alínea a) do artigo 1781.º (separação de facto há mais de um ano) e não se provando integralmente essa factualidade, designadamente por não se ter demonstrado a separação com essa duração, estava afastada a possibilidade dessa factualidade ser considerada para integrar a previsão da alínea d) do mesmo artigo. No entanto, funcionando a alínea d) como uma “cláusula geral”, entendemos que não se justifica uma interpretação que comporte essa exclusão”. Assim, continua o acórdão, “para se aferir se existe ou não uma ruptura do casamento, o que é relevante é que os factos provados sejam graves e reiterados e demonstrativos que objectivamente e com carácter definitivo deixou de haver comunhão de vida entre os cônjuges”. Com efeito, “quando essa separação tem a duração de um ano consecutivo, o legislador presume *iuris et de iure* que a ruptura definitiva do casamento se consumou, não sendo necessário provar outros factos, mas da não prova do decurso desse prazo não se pode tirar a ilação oposta, ou seja, que não há ruptura definitiva”. (sublinhado nosso).

No caso, entendeu a Relação que, a situação de abandono da casa de morada de família por parte da autora, à data da instauração da acção de divórcio não podia ainda ser invocada como fundamento autónomo para fundar a ruptura do casamento com base na separação de facto, pois não tinha ainda decorrido o prazo de um ano consecutivo. Porém, considera que “o que releva é que estamos perante uma prolongada violação do dever de coabitação em todas as suas vertentes e, por outro lado, dela decorre que os cônjuges deixaram de assumir em conjunto as responsabilidades inerentes à vida da família que fundaram, ou seja, não cumprem o dever de cooperação. Além disso, há por parte da autora uma vontade irreversível de colocar um fim ao seu casamento”. Entendeu o acórdão que resulta dos factos provados demonstrada a ruptura definitiva da vida em comum entre autora e réu, porquanto foram violados os deveres de coabitação, cooperação e assistência, sendo que esse desrespeito dos deveres conjugais atingiu o vínculo conjugal. Portanto, concluiu que “a comunhão de vida entre a autora e o réu está posta em crise de forma

definitiva, com quebra dos laços afectivos e, por conseguinte, estamos perante uma situação de ruptura definitiva do casamento”, verificando-se o fundamento da alínea d).

No mesmo sentido, destacamos o acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 14 de Fevereiro de 2013²⁹², no qual o presente acórdão se baseou.²⁹³

- Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 14-03-2013²⁹⁴:

O caso deste acórdão trata-se de uma acção de divórcio sem consentimento do outro cônjuge, movida pelo cônjuge mulher contra o marido, com fundamento no artigo 1781.º, alegando vários factos que constituem violência doméstica (o réu, na presença de filhos do casal, chamou vários nomes à autora, apoderou-se de uma cadeira ameaçando a autora de que a atingiria com esta, bateu-lhe com o punho nas coxas), o que culminou com a saída de casa por parte da autora definitivamente, e não havendo da sua parte qualquer intenção de restabelecer a vida em comum. O réu apresentou contestação, negando que alguma vez tenha chamado nomes à autora ou que lhe tenha batido.

Na 1.ª instância apenas se provou a seguinte factualidade relevante: “(...) 3. Em Junho de 2009 a Autora deixou de viver na casa onde até então vivia com o réu; 4. A autora deixou de manter o propósito de restabelecer a relação conjugal com o réu.” A 1.ª instância julgou a acção improcedente por não provada.

A autora recorreu para o Tribunal da Relação dessa sentença. O objecto central do recurso prendeu-se essencialmente com a questão de saber se deveria ser decretado o divórcio com fundamento na al. d) do artigo 1781.º, o que pressupõe a delimitação e definição do âmbito dessa norma.

Na sentença recorrida, entendeu-se que os factos provados não integravam a previsão da alínea a) do artigo 1781.º, por não se ter provado a separação de facto por um ano consecutivo aquando da propositura da acção.

Ora, a primeira questão a apreciar no recurso consiste em saber se a ruptura definitiva do casamento a que alude a al. d) pode ser demonstrada através da prova de

²⁹² Processo n.º 999/11.1TMPRT.P1, relator Leonel Serôdio, disponível em www.dgsi.pt.

²⁹³ Ainda no mesmo sentido, cfr. o acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 22-04-2013, processo n.º 2610/10.9TMPRT.P1, relatora Ana Paula Carvalho, disponível em www.dgsi.pt.

²⁹⁴ Processo n.º 91/10.6TMBRG.G1, relator Manuel Bargado.

quaisquer factos, ou se os factos passíveis de integrar as previsões das alíneas a) a c) do artigo 1781.º não podem ser considerados para esse efeito.

A Relação de Guimarães acolheu aqui a posição de que a situação de separação de facto por período inferior a um ano pode ser valorada para avaliar o preenchimento da alínea d), “desde que [os factos provados] sejam graves, reiterados e demonstrativos de que, objectiva e definitivamente deixou de haver comunhão de vida entre os cônjuges”. Assim, no caso concreto - em que apenas ficou provado a separação de facto há menos de um ano e o propósito de não restabelecer a comunhão de vida – entendeu-se que o que releva é que “estamos perante uma prolongada violação do dever de coabitação em todas as suas vertentes e, por outro lado, dela decorre que os cônjuges deixaram de assumir em conjunto as responsabilidades inerentes à vida da família que fundaram, ou seja, não cumprem também o dever de cooperação”, ao que acresce a vontade irreversível da autora em colocar fim ao casamento. Pelo que, concluiu a Relação que, apesar da autora não ter conseguido provar que a causa primária da falência do casamento tenha sido o comportamento agressivo do réu, sucede que “o legislador deixou de preservar o casamento enquanto instituição, dando prevalência à liberdade dos cônjuges e quando se constate uma situação objectiva e socialmente aceite como de ruptura do casamento, independentemente das causas, o tribunal deve decretar o divórcio”, decidindo que, neste caso, se demonstrou o fundamento de divórcio da alínea d).

- Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 08-01-2015.²⁹⁵

No caso em apreço, foi intentada acção de divórcio sem consentimento do outro cônjuge pelo cônjuge mulher contra o marido, com fundamento na separação de facto. Acresce que, alegou também a autora que o réu, com o seu comportamento, “incorreu na violação dos deveres de respeito (v.g. agredindo-a verbal – dirigindo à autora expressões com ânimo degradativo – e fisicamente – a pontapé), fidelidade (v.g. vivendo em união de facto com uma nova companheira), cooperação e assistência (não contribuindo para as despesas domésticas e correntes do casal), aos quais se encontrava obrigado para consigo, o que tudo comprometeu em definitivo a possibilidade de manterem a vida em comum)”. A 1.ª instância julgou a acção improcedente, pois a factualidade provada não servia (não

²⁹⁵ Processo n.º 3835/11.5TJVN.F.G1, relator António Santos, disponível em www.dgsi.pt.

existia a prova da separação de facto há mais de um ano consecutivo à data da propositura da acção) para integrar a previsão da alínea a) do artigo 1781.º e, outrossim, não demonstrava a mesma quaisquer outros factos susceptíveis de preencher a alínea d). A autora recorreu desta sentença para a Relação, que alterou a decisão de facto.

Entendeu pois a Relação que, no caso de não se provar a separação de facto com a duração de um ano consecutivo, nada impede que a separação por período inferior a um ano não possa ser valorada para avaliar o preenchimento da cláusula geral da alínea d). O critério utilizado pelo julgador foi novamente aqui o de que basta demonstrar a ruptura definitiva do casamento através da prova da quebra grave dos deveres conjugais e da convicção de irreversibilidade do rompimento da plena comunhão de vida que o casamento pressupõe. Ora, ficou provado que, a autora saiu de casa de morada de família, e desde aí não mais manteve contacto ou partilha com o réu; não tem esta o propósito de restabelecer a vida em comum; posteriormente à saída de casa por parte da autora, o réu passou a viver em união de facto com outra mulher; e o réu não tem também o propósito de restabelecer a vida em comum com a autora. Recorrendo ao critério *supra* referido, decidiu a Relação que tais factos graves demonstram, de forma clara e inequívoca, a ruptura definitiva do casamento nos termos da alínea d), decretando o divórcio com esse fundamento.

- Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 07-06-2011:²⁹⁶

Neste acórdão, a questão fulcral a decidir foi se os factos provados preenchem o fundamento de divórcio da alínea d) do artigo 1781.º do CC.

Foi proposta acção de divórcio sem consentimento pelo cônjuge mulher contra o marido, alegando factos que, no seu entender, demonstram a ruptura definitiva do casamento nos termos da alínea d) do artigo 1781.º do CC. O tribunal de 1.ª instância julgou a acção improcedente, não decretando o divórcio, pela razão de que entendeu que a autora não provou os factos alegados, apenas se apurando a separação de facto por período inferior a 1 ano.

A autora recorreu da decisão para a Relação de Coimbra, que modificou a decisão de facto, dando como provados também, entre outros, os seguintes factos: “em data não anterior a Julho de 1995, o casal fixou a casa de morada de família em E (...), em

²⁹⁶ Processo n.º 394/10.0TMCBR.C1, relator Fonte Ramos, disponível em www.dgsi.pt.

habitação própria adquirida com recurso a empréstimo hipotecário (...); era o réu quem geria os rendimentos do casal, provenientes das respectivas actividades profissionais, e assumia a tarefa de aprovisionar as contas bancárias (do casal) para cumprir os encargos normais da vida familiar; depois de deixar a casa de morada da família, em Setembro de 2009, o Réu retirou da mesma os seus bens pessoais e alguns dos móveis que constituíam o respectivo recheio; (...) o réu não providenciara pelo pagamento do empréstimo à habitação desde Fevereiro de 2009; a A. tentou contactar o réu para tratar de assuntos do interesse do casal mas o Réu furtou-se ao diálogo; tendo inclusivamente alterado o seu número de telemóvel que não facultou à A.; não mais o réu se preocupou em pagar os empréstimos bancários, ou quaisquer outros encargos e despesas do casal; não mais se preocupou com o bem-estar da demandante (...); o réu apenas regressou à [casa de morada de família] por três ou quatro ocasiões e com o objectivo de levar consigo bens existentes na dita habitação; o Réu retirou da casa de morada da família diversos bens móveis, transportando-os para local desconhecido; no dia 10-5-2010, A. e Réu alienaram a referida habitação do casal; o réu não encetou qualquer tentativa de reaproximação familiar, deixando de contactar com a autora; inexistindo actualmente casa de morada de família.”

Perante esta factualidade provada, entendeu a Relação que a mesma integra o fundamento de divórcio da alínea d), “podendo-se assim concluir pela ruptura manifesta do casamento, porquanto deixou inequivocamente de existir a comunhão de vida própria de um casamento” (sublinhado nosso). Sustenta o acórdão que, além de resultar de tais factos a violação dos deveres conjugais de coabitação, cooperação e assistência, afigura-se igualmente evidente que esse incumprimento de deveres conjugais atingiu de forma definitiva o casamento, “não se podendo afirmar que ainda persista uma qualquer “parcela” da plena comunhão de vida que constitui a sua razão de ser, impondo-se assim declarar, no plano do direito, o que desde há muito existe ou é real e que traduz ou revela a “falência do casamento”, a “quebra” irremediável dos afectos, a evidente/óbvia ruptura da vida em comum, o que, de resto, não deixa também de se reflectir e projectar em alguns dos actos praticados por ambas as partes no sentido de “desfazer” o que representava esse “mundo comum”, desde logo, mediante a venda da casa de morada de família”.

A nosso ver, este acórdão decidiu bem ao decretar o divórcio com fundamento na alínea d), pois foram alegados e provados factos objectivos - para além dos susceptíveis de integrar a separação de facto - que consubstanciam a violação reiterada de deveres

conjugais e demonstrativos de que, objectivamente e com carácter definitivo, deixou de existir a comunhão de vida que caracteriza o casamento.

- Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 21-03-2013.²⁹⁷

Este acórdão segue posição contrária a alguns dos anteriormente mencionados. A questão fundamental a apreciar é a de saber se, na alínea d) cabem factos objectivos susceptíveis de integrar as outras alíneas do artigo 1781.º do CC, em especial a separação de facto.

Ora, face à factualidade provada, entendeu a Relação de Évora que, a mesma traduz apenas a situação de separação de facto, não podendo esses factos integrar o fundamento da alínea d), pois tal preceito refere expressamente “outros factos”, o que significa “outros que não os regulados nas alíneas anteriores, de onde resulte demonstrada a ruptura definitiva do casamento”. Portanto, não estando demonstrados outros factos, para além da separação, não se vislumbram factos susceptíveis de integrar a alínea d), pelo que decidiu a Relação não decretar o divórcio.²⁹⁸

- Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 12-03-2015.²⁹⁹

Trata-se de uma acção de divórcio sem consentimento do outro cônjuge, intentada pelo cônjuge mulher contra o marido, com fundamento na alínea d) do artigo 1781.º do CC. Os factos provados foram – destacando os que aqui nos interessam – os seguintes: “3. O casamento entre as partes foi marcado por episódios de agressividade e violência do R. para com a esposa, tendo o mesmo chegado a bater-lhe em algumas situações, e sendo sentido pela A como uma experiência de infelicidade e angústia; (...) 8. No dia 13 de Agosto de 2012, no interior da habitação e, na sequência de uma discussão, o R proferiu as seguintes expressões “agora vou buscar a espingarda e levas um tiro nos cornos”; 9.

²⁹⁷ Processo n.º 292/10.7T2SNS.E1, relator José Lúcio, disponível em www.dgsi.pt.

²⁹⁸ Note-se que, este acórdão apresenta um voto de vencido da Juiz Desembargadora Rosa Barroso: no seu entender – além de o divórcio poder ser decretado com fundamento na separação de facto (alínea a)), atendendo ao princípio da actualidade da decisão –, os factos provados poderiam integrar o fundamento da alínea d) do artigo 1781.º do CC, pois defende que se poderia integrar nessa alínea d), a própria instauração da acção de divórcio por parte do autor, que, “como facto relevante que é, significa e diz claramente que para o requerente a vivência em comum acabou, ocorreu a ruptura definitiva do casamento”. (sublinhado nosso) Ora, parece-nos ser aqui defendido o divórcio a-pedido de um dos cônjuges.

²⁹⁹ Processo n.º 169/12.1TBFTRE1, relator Silva Rato, disponível em www.dgsi.pt.

Naquele momento a A saiu para a rua em busca de auxílio na casa de familiares seus vizinhos e, desde então, jamais retornou à casa de família; 10. A A mantém o firme propósito de não retornar a convivência conjugal com o réu.”

Ora, a questão essencial a decidir pela Relação foi a seguinte: os factos provados cabem na cláusula geral da alínea d)?

A nosso ver, resulta claramente da factualidade apurada tratar-se de uma situação de violência doméstica por parte do cônjuge marido contra a mulher, traduzindo a violação máxima do dever conjugal de respeito, a qual permite demonstrar que o casamento ficou irremediavelmente comprometido. Foi este também o entendimento da Relação de Évora: “(...) ressalta dos factos constantes dos pontos 8 e 9, respaldados pelos referidos no ponto 3, que a Autora naquele dia 13 de Agosto de 2012, perante tão grave ameaça por parte do seu cônjuge, que viola os mais elementares princípios do dever de respeito, deu o seu grito do Ipiranga aliás muito adequado à situação que vivia, preferindo a independência à manutenção da convivência com o seu cônjuge. E não mais voltando ao lar conjugal. Propósito que manteve desde então.” Assim, decidiu o acórdão que a factualidade apurada permite demonstrar a ruptura definitiva do casamento, decretando o divórcio ao abrigo da alínea d).

Na nossa opinião, este é um bom exemplo da adequada aplicação da alínea d) aos casos de violência doméstica. Porém, não podemos esquecer que, nestes casos graves da violência doméstica, há sempre o “velho” problema da prova difícil, sobretudo, pelo facto de tal violência ser exercida dentro do lar conjugal. Por outro lado, também nos parece criticável que fique colocado ao arbítrio do juiz e dependente da sua própria sensibilidade subsumir, ou não, certos factos que se traduzem em actos de violência doméstica no conceito indeterminado da “ruptura definitiva do casamento”.

- Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 12-03-2015:³⁰⁰

Está em causa uma acção de divórcio sem consentimento proposta pelo cônjuge mulher contra o marido, alegando factos de onde decorre, no seu entender, a ruptura definitiva do casamento e a separação de facto há mais de um ano consecutivo, não havendo da sua parte o propósito de restabelecer a vida conjugal com o réu. Sucede que, a

³⁰⁰ Processo n.º 367/10.2T2SNS.E1, relatora Cristina Cerdeira, disponível em www.dgsi.pt.

autora veio a falecer na pendência da acção, porém a mesma foi prosseguida pelas suas herdeiras, para efeitos patrimoniais.

A 1.^a instância decretou o divórcio entre autora e réu, embora considerando que, dado o falecimento da autora, a dissolução do casamento por divórcio, apenas será relevante para efeitos patrimoniais. Inconformado, o réu recorreu para o Tribunal da Relação de Évora.

Quanto aos factos dados como provados na sentença recorrida, foram os seguintes: “(...) 3. Desde 2003 a A. e o R. discutiam com frequência, por constar que o réu tinha relacionamentos amorosos com outras mulheres e quando era confrontado pela autora e pelas filhas, o R. não negava tais relacionamentos, prometendo mudar; 4. A partir de 2008, a Autora e Réu passaram a dormir em quartos separados, na casa em que ambos habitam; 5. A partir da mesma data, deixaram de conviver e tomar refeições juntos; 6. Em 6 de Junho de 2010, quando a autora comunicou ao réu a sua intenção de requerer o divórcio, este tentou agarrá-la pelo braço, chamou-a de “puta” e “víbora” e posteriormente ameaçou pegar fogo à casa, o que motivou que a autora fosse viver com as filhas.” Refira-se que, o divórcio foi decretado com o fundamento da alínea d), por violação grave de deveres conjugais por parte do réu, nomeadamente, o dever de fidelidade e o dever de respeito, que demonstram a ruptura definitiva do casamento.

O objecto central deste recurso traduz-se na questão de saber se os factos provados permitiriam demonstrar a ruptura definitiva do casamento, cabendo na cláusula geral da alínea d) do artigo 1781.º do CC.

A este propósito, sustenta a Relação, acolhendo o entendimento doutrinal de Tomé d’Almeida Ramião que, “embora a culpa seja irrelevante para o efeito de decretar o divórcio, não o é como elemento de avaliação do preenchimento do conceito “ruptura definitiva do casamento”. Continuando a citar o mencionado autor, conclui: “a questão da violação culposa ou inobservância dos deveres conjugais continua a ser relevante na apreciação da “ruptura definitiva do casamento”, mas também outros factos poderão demonstrar a ruptura definitiva do casamento.

Face à factualidade apurada acima transcrita, esta Relação manteve a decisão da sentença recorrida, ao concluir que os factos praticados pelo réu são graves e consubstanciam uma manifesta violação dos deveres conjugais de fidelidade e respeito a que estava vinculado. Considerou, ainda, que o facto de a autora ter saído do lar conjugal é

também demonstrativo da gravidade que para esta assumiu o comportamento do réu e da impossibilidade de continuar a viver com ele como marido e mulher. Concordamos com a decisão do acórdão de decretar o divórcio com fundamento na alínea d), bem como com a argumentação aí expandida. Porém, já não podemos aceitar o entendimento do acórdão na parte em que afirma que “no âmbito da mencionada alínea d) do artigo 1781.º do Código Civil, sempre poderíamos integrar a própria instauração desta acção de divórcio por parte da Autora, como um fundamento autónomo para o próprio pedido de divórcio formulado, ou seja, a Autora ao instaurar esta acção de divórcio está, por si só, a afirmar que, em relação à sua pessoa, ocorreu ruptura definitiva do casamento e, nessa medida, o divórcio sempre teria de ser decretado”. Na verdade, este entendimento “abre a porta” a um divórcio a-pedido, por razões subjectivas, o qual não ficou consagrado no regime português do divórcio, nomeadamente na alínea d) do artigo 1781.º do CC, como veremos melhor adiante.

- Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 22-11-2011:³⁰¹

Trata-se de uma acção de divórcio sem o consentimento do outro cônjuge, proposta pela autora contra o marido, com fundamento na alínea d) do artigo 1781.º, alegando actos de violência doméstica (“a vida conjugal entre A. e R., em Janeiro de 2009, começou a deteriorar-se, tendo o R. começado a ser agressivo para a A., concretamente, em 17-1-2009 foi vítima de maus tratos infringidos pelo R.; também, em 25-03-2009, no seu local de trabalho, o R agrediu a A dando-lhe duas bofetadas; e, em 2-4-2009, o R usando da força física tentou obrigar a A a manter relações sexuais”, etc.), que consubstanciam violação de deveres conjugais (sobretudo, o de respeito), e não pretender a autora manter o casamento com o réu.

A 1.ª instância julgou a acção improcedente, por não provada. Desta sentença, interpôs a autora recurso. Ora, a questão essencial a decidir neste recurso foi a saber se os factos provados permitem ou não o decretamento do divórcio com fundamento na alínea d), sendo eles apenas os seguintes: “A A. e o R. casaram um com o outro no dia 28 de Fevereiro de 1981, sem convenção antenupcial; desse casamento nasceram dois filhos (...); no dia 25 de Março de 2009, no seu local de trabalho, o R. desferiu duas bofetadas na A.”

³⁰¹ Processo n.º 2659/09.4TBSXL.L1-1, relator Afonso Henrique, disponível em www.dgsi.pt.

Decidiu a Relação de Lisboa – a nosso ver, bem - que, a prova desse último facto é, por si só bastante, para que se decrete o divórcio, com fundamento na alínea d) do artigo 1781.º do CC, atendendo à gravidade desse facto, ainda que não repetido, que justifica a ruptura definitiva do casamento.

7.2. Algumas questões controvertidas:

Da anterior análise sobre a interpretação e concretização da cláusula geral da alínea d) do artigo 1781.º do CC pela doutrina e jurisprudência portuguesas, resulta que as principais questões geradoras de controvérsia em torno desse fundamento de divórcio são as que exporemos de seguida.

- A questão da articulação da cláusula geral da alínea d) com as restantes alíneas do artigo 1781.º do CC

No fundo, está aqui em causa o problema de saber se a “ruptura definitiva do casamento” a que alude a alínea d) do artigo 1781.º do CC pode ser demonstrada através da prova de quaisquer factos ou, ao invés, se os factos passíveis de integrar as restantes alíneas do mesmo preceito não podem ser considerados para esse efeito. Por outras palavras, por exemplo, uma situação de separação de facto dos cônjuges, ou de alteração das faculdades mentais do outro cônjuge, ou de ausência sem notícias, qualquer delas por um período inferior a um ano, pode ser valorada para aferir se existe ou não uma “ruptura definitiva do casamento”, para efeitos de aplicação da causa de divórcio da alínea d)?

Vimos já que esta questão suscita sobretudo divergência na aplicação da norma pelos nossos tribunais. Ou seja, é na jurisprudência que mais se nota a controvérsia. Por sua vez, a doutrina é praticamente unânime quanto ao entendimento de que, para caber na alínea d) têm de ser alegados e provados outros factos que não os susceptíveis de integrar as alíneas a) a c) do artigo 1781.º do CC.³⁰²

³⁰² Neste sentido, cfr. Amadeu Colaço, *Novo regime...*, cit., p. 67, Guilherme de Oliveira, *A nova lei...*, cit., pp. 13 e ss., Tomé d’Almeida Ramião, *O divórcio...*, cit., pp. 66 e ss. Contra, cfr. Eva Dias Costa, *A eliminação...*, cit., p. 72: “(...) as três primeiras alíneas não são mais do que concretizações da última, com a única diferença nos prazos de cujo decurso dependem.”

Como resulta do atrás exposto, na jurisprudência destacam-se duas posições distintas. Por um lado, existem acórdãos³⁰³ no sentido de que os factos susceptíveis de integrar as outras alíneas do artigo 1781.º do CC (sobretudo, a separação de facto), não podem caber na alínea d), sustentando a sua posição, essencialmente, na letra da lei (que refere “outros factos”, ou seja, outros que não os das alíneas anteriores – a) a c)), e na própria inserção sistemática da alínea d), prevista depois das outras alíneas.³⁰⁴ Além disso, os defensores desta posição apontam como crítica ao entendimento diferente - ou seja, àquele que admite que factos susceptíveis de integrar as alíneas a) a c) caibam na alínea d) -, que o mesmo desvirtuaria o próprio fundamento autónomo de divórcio da separação de facto por um ano consecutivo previsto na alínea a), pois qualquer separação de facto inferior a um ano poderia ser fundamento de divórcio com base na alínea d). Por outro lado, um sector alargado da jurisprudência³⁰⁵ entende que, qualquer facto objectivo (mesmo os susceptíveis de integrar as alíneas a) a c)) pode demonstrar a “ruptura definitiva do casamento” e constituir fundamento de divórcio nos termos da alínea d). Entendeu este sector da jurisprudência, que não existe fundamento legal que impeça que uma situação de separação de facto por período não apurado possa ser valorada para apreciar se existe ou não “ruptura definitiva do casamento”, sendo o critério relevante para apurar o preenchimento da alínea d), o de apreciar se *os factos alegados e provados são graves e reiterados e demonstrativos de que, objectivamente e com carácter definitivo, deixou de haver comunhão de vida entre os cônjuges*. Veja-se um exemplo: o cônjuge mulher intenta acção de divórcio sem consentimento do outro cônjuge contra o marido, com fundamento na alínea a), e são dados como provados os seguintes factos: o réu abandonou o lar conjugal; não há comunhão de leito, mesa e habitação; a intenção da autora em não restabelecer a vida em comum; e a separação dura há um ano consecutivo à data da propositura da acção. Bastaria a prova que se fez desses factos e o divórcio seria decretado com o fundamento da alínea a). Agora imaginemos, no mesmo exemplo, que foi dado como provado que a separação de facto durava apenas há 4 meses na data da propositura da acção; neste caso, o divórcio não podia ser decretado com fundamento na separação de facto, por não estar completo o prazo de um ano. Mas, segundo o entendimento do sector

³⁰³ Cfr., entre outros, o citado acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 21-03-2013.

³⁰⁴ Neste sentido, cfr. também Tomé d’Almeida Ramião, *O divórcio...*, pp. 66 e ss.

³⁰⁵ Cfr., entre outros, os citados acórdãos do Tribunal da Relação do Porto, de 14-02-2013, do Tribunal da Relação de Évora, de 6-6-2013, do Tribunal da Relação de Guimarães, de 14 de Março de 2013 e de 08-01-2015.

da jurisprudência que referimos por último – e com o qual discordamos -, esses factos traduziam incumprimento do dever conjugal de coabitação e de outros deveres conjugais, e, sendo graves e reiterados, atingiam a plena comunhão de vida que caracteriza o casamento, demonstrando a ruptura definitiva da vida conjugal e seria o divórcio decretado com base na alínea d).

A nosso ver, a posição que merece acolhimento é a mencionada em primeiro lugar. Consideramos que, se a separação de facto for inferior a um ano à data da propositura da acção não constitui fundamento de divórcio, pois a separação de facto enquanto causa autónoma tem de durar um ano consecutivo: neste caso, a separação de facto só por si demonstra a ruptura definitiva do casamento e basta só a prova dos factos que a compõem. Além disso, também não pode integrar a alínea d), pois esta destina-se a “outros factos”, que não os previstos nas alíneas a) a c), e um entendimento diferente desvirtuaria a alínea a). O mesmo vale relativamente às causas de divórcio das alíneas b) e c) do artigo 1781.º do CC. Pelo que, entendemos que existe fundamento legal para justificar a exclusão da aplicação da alínea d) aos factos que consubstanciam os outros fundamentos do divórcio (a expressão “outros factos” na norma do art. 1781.º, al. d)), e também a intenção do legislador na exposição de motivos do Projecto de Lei n.º 509/X. Finalmente, a posição que aqui sufragamos traduz, a nosso ver, a leitura que permite uma articulação mais harmoniosa entre as várias alíneas do artigo 1781.º do CC, não se desvirtuando os outros fundamentos, com a utilização da cláusula geral da alínea d).

- A figura do divórcio “a-pedido” terá acolhimento no ordenamento jurídico português, nomeadamente, na cláusula geral da alínea d)?

Perante a redacção pouco clara da alínea d) do artigo 1781.º do CC, introduzida pela Lei n.º 61/2008, bem como a afirmação constante da Exposição de motivos do Projecto de Lei n.º 509/X, de que “a invocação da ruptura definitiva da vida em comum deve ser fundamento suficiente para que o divórcio possa ser decretado”, suscitou-se a questão de saber se ficou consagrado no nosso país um sistema de divórcio-constatação da

ruptura do casamento, ou antes um sistema de divórcio a-pedido de um dos cônjuges ou divórcio-repúdio³⁰⁶.

Como já tivemos oportunidade de explicar, entendemos que o regime português do divórcio consagra um sistema misto, de divórcio-remédio e divórcio-constatação da ruptura. E que a alínea d) é uma causa de divórcio-constatação da ruptura do casamento. Isto porque qualquer um dos cônjuges pode pedir o divórcio com base na alínea d), sendo, para tal, necessário alegar e provar factos objectivos de onde resulte demonstrada, de forma clara e inequívoca, a ruptura irremediável do vínculo conjugal.

Mas esta questão não é totalmente pacífica na nossa doutrina. Pelo que nos parece pertinente fazer um breve apontamento sobre as principais diferenças entre as duas figuras.

O divórcio-constatação da ruptura não prescinde de um fundamento ou uma causa a alegar e provar para a ruptura definitiva do vínculo conjugal; ou seja, têm de ser alegados e provados factos objectivos de onde resulte retratada inequivocamente a ruptura definitiva do casamento.

Pelo contrário, o divórcio a-pedido de um dos cônjuges não assenta em qualquer causa, bastando apenas a manifestação da vontade de um dos cônjuges para que o divórcio seja decretado; isto é, o divórcio é admitido a pedido de qualquer dos cônjuges por se achar que esse mesmo pedido ou solicitação era, por si só, revelador de ruptura do casamento. Não é assim necessária a prova da ruptura definitiva do casamento. É um divórcio puramente subjectivo. O exemplo paradigmático de ordenamento jurídico que consagra o divórcio a-pedido é o espanhol, que desde a lei 15/2005, de 8 de Julho, admite o sistema de divórcio a-pedido de um dos cônjuges, no artigo 86.º.³⁰⁷

Posto isto, importa justificar as razões que nos levam a entender que a causa de divórcio da alínea d) do artigo 1781.º é uma causa de divórcio-constatação da ruptura do casamento.

³⁰⁶ Note-se que, embora o divórcio-repúdio e o divórcio a-pedido sejam sistemas diferentes, a doutrina tem utilizado os dois termos indiferenciadamente.

³⁰⁷ Note-se que, no ordenamento espanhol, a Lei 15/2005, de 8 de Julho, operou uma mudança radical do Direito da Família, passando de um sistema em que o pressuposto principal de obtenção do divórcio era a cessação efectiva da convivência conjugal, por um determinado período de tempo, para um modelo em que, decorridos três meses da celebração do casamento, qualquer um dos cônjuges, isoladamente, pode conseguir o divórcio, sem ter de invocar ou demonstrar uma causa. Porém, prevê que esse prazo não será observado quando um dos cônjuges ou os filhos de um ou de ambos estejam numa situação de risco para a vida, para a integridade física, moral ou sexual, ou para a liberdade, acabando a lei por permitir, nestes casos, alegações de culpa (artigo 81.º, n.º 2, do Código Civil espanhol).

Em primeiro lugar, refira-se que o Projecto de Lei n.º 486/X, apresentado pelo Bloco de Esquerda, sustentava a possibilidade do divórcio a-pedido de um dos cônjuges, mas o mesmo não vingou.

Em segundo lugar, como já dissemos anteriormente, apesar da afirmação supracitada constante da Exposição de motivos do Projecto de Lei n.º 509/X parecer indiciar que a intenção do legislador poderá ter sido a consagração de um sistema de divórcio a-pedido no nosso país, esse sistema não foi o que ficou consagrado. Com efeito, não basta a mera propositura da acção por um dos cônjuges para resultar provada a ruptura definitiva do casamento, antes sendo preciso alegar e provar factos objectivos e passíveis de constatação que demonstrem essa ruptura definitiva do vínculo conjugal, pelo que se conclui ter ficado acolhido na alínea d) o sistema de divórcio-constatação da ruptura.

Sintetizando, a divergência na nossa doutrina sobre a questão em apreço é a seguinte: por um lado, temos autores, como é o caso de Guilherme de Oliveira, que defendem que a concepção de divórcio acolhida no direito português é a do divórcio-ruptura³⁰⁸; por outro lado, uma corrente minoritária da doutrina defende que está consagrado na alínea d) o sistema do divórcio a-pedido ou divórcio-repúdio.³⁰⁹ Também neste último sentido se parece inclinar alguma jurisprudência, ao afirmar que “a mera propositura da acção do divórcio inculcaria por si só a prova de uma ruptura definitiva do casamento”.^{310 311}

Concluimos que o regime português do divórcio, em particular a alínea d) do artigo 1781.º do CC, não acolhe um sistema de divórcio a-pedido. Neste sentido, também o acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 23-11-2011: *“Para efeitos do preenchimento da previsão da alínea d) do art. 1781.º do CC, da matéria de facto provada deverá resultar retratada uma determinada situação objectiva em que os factos, pela sua gravidade ou reiteração, mostrem a ruptura definitiva do casamento, não bastando que os factos traduzam um mero acto de vontade de um dos cônjuges, visto o divórcio a-pedido*

³⁰⁸ Cfr. Guilherme de Oliveira, A nova lei..., cit., p. 15, e no mesmo sentido, Rita Lobo Xavier, Direito ao divórcio..., cit., p. 500, Amadeu Colaço, *Novo regime...*, cit., p. 67.

³⁰⁹ Cfr. Hörster, A responsabilidade civil..., cit., p. 94 (pese embora fale em “divórcio-repúdio”, parece-nos que o autor usa indistintamente os termos “divórcio-repúdio” e “divórcio a-pedido”; para este autor, em última análise, o divórcio é consequência da vontade unilateral e subjectiva de um dos cônjuges). Em sentido semelhante, parece-nos inclinar-se, ainda, Eva Dias Costa, A eliminação..., cit., pp. 71 e ss. e Pamplona Corte-Real, *Direito da Família...*, cit., p. 22.

³¹⁰ Cfr. o citado acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 12-03-2015, Processo n.º 367/10.2T2SNS.E1.

³¹¹ Contra, cfr. o acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 23-11-2011, processo n.º 88/10.6TMFUN.L1-2, relatora Maria José Mouro, disponível em www.dgsi.pt.

por razões subjectivas, não haver sido acolhido nas novas disposições da lei sobre o divórcio.” (sublinhado e itálico nossos).³¹²

8. A nossa posição:

Começemos por sublinhar, para que não restem dúvidas, que, a nosso ver, o regime português do divórcio actual consagra um sistema misto combinando causas de divórcio-remédio e causas de divórcio-constatação da ruptura. Porém, dizemos que a adesão ao sistema de divórcio-ruptura foi forte - e não absoluta, pois não é um sistema puro -, porquanto, além de se manter a separação de facto agora por um ano consecutivo ainda se introduziu uma cláusula geral de ruptura do casamento na nova alínea d) do artigo 1781.º do CC. Por conseguinte, rejeitamos a tese sustentada por alguma doutrina de que a concepção do divórcio subjacente à nova alínea d) é a do divórcio a-pedido de um dos cônjuges.

Feito este breve esclarecimento, importa finalmente responder à questão fulcral do nosso estudo, que é a de saber que factos devem afinal caber na nova alínea d), dando o nosso modesto contributo para a delimitação do conceito legal de “ruptura definitiva do casamento”.

Como dissemos anteriormente, somos da opinião de que não cabem na previsão da alínea d), os factos susceptíveis de integrar os outros fundamentos autónomos do divórcio sem o consentimento do outro cônjuge, previstos nas demais alíneas do artigo 1781.º do CC.

Com efeito, concordamos com a concretização do conceito de “ruptura definitiva do casamento” proposta por Amadeu Colaço: deve ser revelada por um ou mais factos; estes factos têm que ser diferentes daqueles que são fundamento de outras causas de divórcio (já vimos porquê); têm de ser reveladores de falência do casamento; a ruptura terá de revelar-se como definitiva (e não esporádica ou temporária); deve consistir numa situação objectiva, passível de ser constatada, não resultando de um simples e mero acto de vontade de um dos cônjuges (quanto a este requisito, pensamos ter ficado claro que, na

³¹² Processo n.º 88/10.6TMFUN.L1-2: decidiu este acórdão que, tendo-se apenas provado que a Autora tem o firme propósito de não restabelecer a convivência conjugal, “tal mostra-nos, apenas, qual a vontade, qual a intenção actual da A., não se reconduzindo a um índice objectivo suficiente para a demonstração da falência irreversível do casamento”.

nossa opinião, não ficou acolhido na alínea d) o sistema de divórcio a-pedido, mas sim a concepção do divórcio-ruptura); não depende de eventual culpa de qualquer dos cônjuges; e não depende de qualquer prazo.³¹³

Por outro lado, com a Lei n.º 61/2008 foi eliminada a culpa como fundamento de divórcio e abolida a declaração do cônjuge culpado, que influía na aplicação das sanções patrimoniais do divórcio. Mas, o elenco dos deveres conjugais previsto no artigo 1672.º do CC manteve-se inalterado. A questão que se coloca é precisamente a de saber se a violação culposa ou inobservância de deveres conjugais assume (ainda) relevância à luz da Nova Lei.³¹⁴

Como tivemos oportunidade de referir, a violação culposa dos deveres conjugais não deixou de ter efeitos jurídicos, mas já não para decidir do decretamento do divórcio. Essa violação encontra actualmente a sua tutela em acção de responsabilidade civil, a propor nos tribunais comuns.

Acresce que, a violação dos deveres conjugais releva também, a nosso ver, nos termos da alínea d) do artigo 1781.º CC, na medida em que os factos que consubstanciam a violação de deveres conjugais podem ser integrados nos factos objectivos que demonstram a ruptura definitiva do casamento. Assim, entendemos que os deveres conjugais assumem relevância no âmbito da al. d), pois a sua violação, culposa ou não, permite demonstrar a “ruptura definitiva do casamento”. Melhor explicando: a alínea d) é uma cláusula geral objectiva, consagrando-se aí a concepção do divórcio-ruptura, pelo que o cônjuge que pretende o divórcio terá de alegar e provar factos objectivos, passíveis de constatação, e que demonstrem a ruptura definitiva do casamento, independentemente de culpa. Mesmo que esses factos sejam culposos, não se tem de provar a culpa do cônjuge na sua prática – a prova da culpa é irrelevante para que se decrete o divórcio -, porque o divórcio assenta na mera constatação da ruptura definitiva do casamento. Portanto, os factos que consubstanciam a violação de deveres conjugais podem demonstrar a ruptura definitiva do casamento.

³¹³ Cfr. Amadeu Colaço, *Novo regime...*, cit., pp. 71 e ss.

³¹⁴ Sustenta Eva Dias Costa, *A eliminação...*, cit., p. 71, que “é completamente eliminada qualquer referência à violação – culposa ou não – dos deveres conjugais enquanto fundamento do divórcio – deveres conjugais que, no entanto, permanecem inalterados e que, portanto, não passarão agora, pensamos nós [na opinião da autora], de letra morta, já que, embora consagrados, não gozam de qualquer tutela jurídica”. Diremos adiante se concordamos ou não com tal opinião.

Assim, seguimos de perto a posição defendida por Tomé d’Almeida Ramião, segundo o qual a culpa (ainda) releva como “elemento de avaliação do preenchimento do conceito da “ruptura definitiva do casamento”³¹⁵, isto é, como critério auxiliar do julgador do caso concreto no juízo de apreciação desse conceito legal indeterminado. Como bem explica o mencionado autor, “o legislador não aboliu a questão da culpa na prática de factos que constituam violação dos deveres conjugais (...), o que pretendeu é que o divórcio, haja ou não culpa, deve ser decretado quando esteja demonstrada a ruptura definitiva do casamento. O que pretendeu foi eliminar de forma definitiva a culpa, enquanto fundamento de divórcio, e suas consequências patrimoniais.”³¹⁶ Afinal, o legislador da Reforma de 2008 apenas “transferiu a questão da culpa para o juízo de avaliação e concretização do conceito legal “ruptura definitiva do casamento””.³¹⁷ Concluimos, na esteira do citado autor³¹⁸ que, “a questão da violação culposa ou inobservância dos deveres conjugais continua a ser relevante na apreciação da consagrada “ruptura definitiva do casamento””.

Porém, no âmbito do novo regime do divórcio, também outros factos - que não se consubstanciam na violação ou inobservância dos deveres conjugais - podem ser fundamento de divórcio ao abrigo da alínea d), ou seja, podem revelar a falência definitiva do casamento, e portanto servir para densificar a cláusula geral da alínea d). Por exemplo, as “situações em que os cônjuges mantenham uma persistente relação conflituosa, com discussões e desentendimentos constantes, com a conseqüente perda de afectividade entre ambos, provocando sentimentos de mal-estar, angústia ou sofrimento”.³¹⁹

Poder-se-á ainda questionar se a simples invocação por um cônjuge da falta de afecto conjugal basta para demonstrar a “ruptura definitiva do casamento” consagrada na alínea d). A nosso ver, é certo que a simples alegação e prova de que um cônjuge deixou de sentir afecto pelo outro não é suficiente para fundamentar o pedido de divórcio. Porém, entendemos que a cessação do afecto de um cônjuge pelo outro, de modo que não pretenda manter o casamento entre ambos, já poderia caber na previsão da alínea d), se o cônjuge alegasse e provasse factos objectivos que demonstrassem, de forma clara e inequívoca, a

³¹⁵ Cfr. Tomé d’Almeida Ramião, *O divórcio...*, cit., p. 67.

³¹⁶ Cfr. Tomé d’Almeida Ramião, *O divórcio...*, cit., p. 67.

³¹⁷ Cfr. Tomé d’Almeida Ramião, *O divórcio...*, cit., p. 67.

³¹⁸ Cfr. *O divórcio...*, cit., p. 67.

³¹⁹ Cfr. Tomé d’Almeida Ramião, *O divórcio...*, cit., 69.

ruptura definitiva do casamento, mesmo que decorrente dessa quebra dos afectos.³²⁰ Todavia, coloca-se aqui o problema da prova, porquanto é difícil vislumbrar que factos objectivos poderiam ser alegados pelo cônjuge, de molde a convencer o juiz que a relação matrimonial está definitivamente quebrada. Até porque a falta de afectos é motivo puramente subjectivo, pelo que dificilmente o juiz consegue dar como provado esse facto. Ainda assim pensamos que poderia caber aqui a alegação e prova por um cônjuge da violação do dever de respeito, na sua vertente positiva.

Por outro lado, os factos objectivos que cabem na previsão da alínea d), não só têm de demonstrar uma situação de ruptura ou falência do casamento, como também que essa ruptura é definitiva, “no sentido de irremediável, sem solução, sem qualquer possibilidade de restabelecimento da relação conjugal e da plena comunhão de vida que o casamento implica e pressupõe”³²¹. Ficam assim excluídas as situações de ruptura meramente esporádica ou temporária.

É de notar que, o julgador, no seu juízo sobre se determinados factos demonstram ou não a “ruptura definitiva do casamento” pode socorrer-se dos conceitos de “gravidade” e “reiteração”, utilizados vastamente no âmbito do antigo divórcio litigioso por violação culposa dos deveres conjugais (anterior artigo 1779.º CC), e ainda o conceito de “impossibilidade de vida em comum”, o que nos parece útil enquanto critérios que o auxiliam no apuramento desse conceito indeterminado “ruptura definitiva do casamento”.

Posto isto, importa retirar algumas conclusões sobre a forma como a nossa jurisprudência – e aqui remetemos para os acórdãos analisados anteriormente, em geral – tem vindo a aplicar a cláusula geral da alínea d) do artigo 1781.º CC. Resulta de alguns acórdãos referidos que, a violação ou inobservância dos deveres conjugais releva para indiciar ao julgador do caso concreto a “ruptura definitiva do casamento” (alínea d)). Um critério muito utilizado pelos juízes traduz-se em apurar se os factos objectivos provados consubstanciam violação grave ou reiterada de deveres conjugais, e que tenham atingido de forma definitiva a plena comunhão de vida própria do casamento entre os cônjuges.

Uma crítica que nos apraz fazer à posição defendida em alguns desses citados acórdãos, é a seguinte: nos casos em que, da factualidade provada consta apenas a situação de separação de facto por um período inferior a um ano, o julgador insere (mal) esses factos no âmbito da alínea d) do artigo 1781.º do CC, com base em que tais factos

³²⁰ Assim, também Amadeu Colaço, *Novo regime...*, cit., p. 70.

³²¹ Cfr. Tomé d’Almeida Ramião, *O divórcio...*, cit., p. 70.

demonstram a “ruptura definitiva do casamento”, uma vez que, como consequência dessa situação de separação de facto os cônjuges deixaram de cumprir reiteradamente os deveres conjugais que devem pautar o casamento, quebrando-se assim a plena comunhão de vida própria do casamento e de forma definitiva. Portanto, reiteramos aqui a ideia de que, na aplicação da norma pela jurisprudência tem-se vindo a entender que se podem integrar na alínea d) factos objectivos que, completado que fosse o prazo de um ano consecutivo, integrariam o fundamento da alínea a), o que é curioso, uma vez que a generalidade da doutrina sustenta que são “outros factos”, diferentes dos susceptíveis de integrar as restantes alíneas.

Ora, como dissemos, há fundamento legal para apoiar a posição que seguimos de que cabem na alínea d) apenas outros factos, diferentes dos susceptíveis de integrar as demais alíneas do artigo 1781.º CC: a expressão “outros factos” na própria alínea d); a enumeração taxativa; a presunção de legislador razoável, etc. Entendimento diferente proporciona que a cláusula geral da alínea d) funcionasse como uma espécie de “válvula de escape” para o decretamento do divórcio em situações de separação de facto com duração inferior a um ano (ou das outras causas de divórcio das alíneas b) e c), quando também não esteja decorrido o prazo de um ano consecutivo), o que nos parece de criticar, pois abre-se aqui a porta à “banalização” do divórcio.

Outra crítica que pretendemos deixar é relativa aos casos em que o divórcio tem como causa situações de violência doméstica.

A violência doméstica constitui a expressão máxima da violação do dever conjugal de respeito. Embora, no novo regime, as situações de violência doméstica se integrem nos factos que demonstram a “ruptura definitiva do casamento” – aliás, o próprio Projecto de Lei n.º 509/X apresenta a violência doméstica como exemplo típico de situações que preenchem a cláusula geral da alínea d) -, a verdade é que, não se pode ignorar que está aqui em causa um facto ilícito civil e penal, ou seja, existe necessariamente um cônjuge culpado (obviamente aquele que exerce violência física ou psíquica sobre o outro) e um cônjuge vítima (geralmente, a mulher).

Alguma jurisprudência tem aplicado – a nosso ver, correctamente - o critério proposto na doutrina por Tomé d’Almeida Ramião, que nós acolhemos, segundo o qual a culpa continua a relevar no âmbito da alínea d) do artigo 1781.º, como elemento de avaliação e concretização do conceito legal de “ruptura definitiva do casamento”, e assim

esses factos consubstanciadores de violência doméstica, sendo sempre praticados com culpa, demonstram claramente a ruptura definitiva do casamento (ou seja, traduzindo esses factos violação culposa do dever conjugal de respeito, “evidencia, acentua e clarifica a ruptura definitiva do casamento”³²²).

Porém, o não acolhimento daquela posição, implica que a violência doméstica seja apreciada como um facto objectivo que, independentemente de culpa, demonstra a ruptura definitiva do casamento (alínea d)).

Verificámos já, aquando da análise das consequências do divórcio que, com a eliminação da culpa nos efeitos do divórcio, a mulher vítima de violência doméstica ficou claramente desprotegida no novo regime do divórcio. Ora importa agora referir-nos à sua igual desprotecção no âmbito das causas do divórcio sem consentimento do outro cônjuge.

Como já se foi intuindo ao longo deste trabalho, o próprio cônjuge agressor pode pedir o divórcio, alegando e provando os factos objectivos que consubstanciam a violência doméstica (ou seja, os actos culposos por ele praticados), ao abrigo da alínea d), sendo o divórcio decretado se o julgador considerar que tais factos demonstram, inequívoca e claramente, a ruptura definitiva do casamento.

Por sua vez, também o cônjuge mulher, vítima de violência doméstica, pode pedir o divórcio sem consentimento do outro cônjuge, também com fundamento na alínea d), alegando e provando esses mesmos factos consubstanciadores de violência doméstica. Ora, é certo que se facilitou o decretamento do divórcio à própria vítima de violência doméstica, o que é um ponto positivo a registar. Temos agora um divórcio mais fácil e rápido, em que há uma menor “devassa” da vida íntima dos cônjuges, porque não tem que se provar a culpa para o decretamento do divórcio. Mas, será isto suficiente para que se possa afirmar convictamente que as mulheres vítimas de violência doméstica não estão afinal desprotegidas no novo regime do divórcio? Cremos que não.

Vários problemas ainda subsistem. Nomeadamente, o juiz do caso concreto ao apreciar se os factos consubstanciadores da violência doméstica demonstram ou não a ruptura definitiva do casamento, inevitavelmente terá uma margem de livre arbítrio na apreciação e dependerá da sua própria sensibilidade, das suas concepções acerca do casamento e do divórcio, subsumir ou não esses factos objectivos provados no conceito legal de “ruptura definitiva do casamento”. Certamente, um julgador que acolha – tal como

³²² Cfr. Tomé d’Almeida Ramião, *O divórcio...*, cit., p. 68.

nós - a posição sufragada por Tomé d'Almeida Ramião, segundo a qual a culpa releva como elemento para avaliar o preenchimento do conceito legal indeterminado da alínea d) não deixará de incluir os casos de violência doméstica nessa alínea, porquanto a violência doméstica é um facto ilícito e culposo, que evidencia a falência definitiva do casamento.

Todavia, o certo é que o preenchimento do conceito indeterminado da alínea d) depende do livre arbítrio do juiz e da sua particular percepção do casamento e do que constitui a ruptura definitiva da relação matrimonial, e, em última instância, pode o mesmo considerar que os factos objectivos alegados e provados não preenchem a consagrada “ruptura definitiva do casamento”, e recusar o decretamento do divórcio, porquanto o preenchimento do conceito de ruptura definitiva do casamento não está densificado na lei (o que nos parece que, apesar de tudo, apenas ocorrerá em hipóteses muito residuais e ínfimas).

Mas, mesmo quando o divórcio é decretado, nota-se uma desprotecção da vítima de violência doméstica, como já analisámos em lugar próprio e nos abtemos aqui de repetir. Ainda assim, lembrado brevemente o que expusemos, se o cônjuge mulher, vítima de violência doméstica, após o divórcio, pretender ser indemnizada pelos danos sofridos, terá de intentar nova acção de responsabilidade civil, tramitada num tribunal comum, tendo de alegar e provar os factos ilícitos e culposos praticados pelo ex-marido, o que implicará o “lavar de roupa suja” no tribunal, um enorme sofrimento e desgaste psicológico para a vítima, mais despesas, enfim, tudo aquilo que não nos parece justo que a vítima ainda tenha de suportar. O que é ainda agravado, a nosso ver, pelo facto de essa acção ser intentada noutro tribunal, diferente daquele onde correu a acção de divórcio, e não especializado nas questões de direito da família, e sobretudo pelo facto de poder nem sequer conseguir provar as agressões, não lhe cabendo assim direito a qualquer indemnização.

No fundo, um caso de violência doméstica implicará três processos: o de divórcio, o de responsabilidade civil para obter a reparação de danos sofridos e o processo-crime de violência doméstica.

Ora, face ao exposto, e porque a violência doméstica é uma realidade que teima em persistir no nosso país (como em tantos outros), morrendo todos os anos muitas mulheres vítimas dos seus próprios maridos ou companheiros, pensamos que a nova lei do divórcio deveria ter tido um especial cuidado de se ajustar à nossa realidade familiar e

social, e tinha o dever de proteger as mulheres vítimas deste crime horrendo, e indirectamente os seus filhos menores. O que como vimos não fez adequadamente.

O direito da família não devia “fechar os olhos” a estas situações. Assim, na nossa opinião, face à invisibilidade que os factos consubstanciadores de violência doméstica (factos ilícitos e culposos) passam a ter no novo regime jurídico do divórcio, sendo integrados como “*quaisquer outros factos que, independentemente da culpa dos cônjuges, mostrem a ruptura definitiva do casamento*”, a violência doméstica e os maus-tratos às crianças deveriam ser previstos como causas autónomas e peremptórias do divórcio³²³, proporcionando a hipótese de essa situação ser apreciada nos tribunais de família e a responsabilização do cônjuge que pratica esses comportamentos na regulamentação das consequências económicas do divórcio.³²⁴ Ao não considerar expressamente a violência doméstica, caberá ao juiz do caso concreto apreciar a mesma em função da “ruptura definitiva do casamento” a que se refere a alínea d), podendo desvalorizar-se factos que são qualificados pela lei penal como crime – dada a discricionariedade do juiz e a sua própria margem pessoal de flexibilidade - e não se acautelarem devidamente os direitos das mulheres vítimas de violência doméstica e dos seus filhos.

Por outro lado, para obviar à desprotecção da vítima de violência doméstica que resulta da legitimidade conferida no novo regime do divórcio ao próprio cônjuge agressor de, com o fundamento da alínea d), pedir o divórcio, com base nos seus próprios comportamentos culposos, seria importante a nossa jurisprudência acolher a posição de Capelo de Sousa³²⁵, que defende a aplicação “sem medo” pelo julgador nestes casos do instituto do abuso de direito, na modalidade de *venire contra factum proprium*, a qual permitiria decisões mais justas, surgindo assim uma espécie de “sanção sui generis” aplicada ao cônjuge que praticou esses comportamentos culposos.

³²³ Cfr. parecer APMJ, em www.apmj.pt e Maria Clara Sottomayor, Uma análise..., cit., pp. 26 e 29 e ss.

³²⁴ Cfr. Maria Clara Sottomayor, Uma análise..., cit., pp. 21 e ss.

³²⁵ Cfr. R. Capelo de Sousa, Recentes..., cit., p. 121.

Conclusão:

Em suma, a Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro, introduziu alterações de grande alcance no regime jurídico do divórcio litigioso, eliminando a culpa quanto às causas e quanto aos efeitos do divórcio.

Pese embora estas alterações parecessem, *prima facie*, positivas, no sentido de diminuir a litigiosidade e tornar os processos de divórcio menos difíceis emocionalmente para as partes envolvidas, a verdade é que, como fomos demonstrando ao longo deste trabalho, o regime jurídico do divórcio português ainda padece de muitas debilidades e, em consequência, pode gerar situações de desprotecção do cônjuge que fica numa posição mais vulnerável no divórcio, normalmente, a mulher vítima de violência doméstica ou que se dedicou durante o casamento ao cuidado do lar e dos filhos.

Ao nível dos efeitos do divórcio, foram eliminadas as consequências patrimoniais negativas (as “sanções” aplicáveis ao cônjuge único ou principal culpado), sem que se tivesse garantido qualquer meio para conferir uma maior protecção ao cônjuge não culpado pelo divórcio, normalmente a parte que ocupa a posição mais frágil.

Também quanto às causas do divórcio sem consentimento do outro cônjuge, e no que em particular respeita à cláusula geral da alínea d) do artigo 1781.º CC - que aqui estudámos com profundidade -, notámos que ainda se mantém a divergência doutrinal e jurisprudencial sobre que factos caberão nesse fundamento de divórcio.

Aliás, o facto de essa causa de divórcio ser demasiado aberta e abrangente propicia que a mesma possa ser utilizada quer para factos consubstanciadores de situações graves e culposas de violência doméstica, quer em situações menos graves em que há uma falta de afecto conjugal, etc. Há ainda jurisprudência que aplica a cláusula da alínea d) a factos que consubstanciam os outros fundamentos de divórcio previstos nas demais alíneas do artigo 1781.º CC, o que nos merece as maiores críticas, pelas razões que fomos aduzindo ao longo da nossa dissertação. Neste caso, poder-se-á até concluir que a aplicação da causa da alínea d) tem sido feita de forma leviana, e que se verifica uma grande margem de arbítrio do juiz na interpretação dos factos que são alegados e provados nas acções de divórcio sem consentimento de um dos cônjuges.

Em especial, no caso das mulheres vítimas de violência doméstica, por se tratar de um facto ilícito simultaneamente civil e penal, somos da opinião de que, o Direito da

Família português não devia “fechar os olhos”, mas antes agir no sentido de conferir uma maior protecção a essas vítimas de violência doméstica.

Pelo que, propusemos algumas soluções, nomeadamente, na esteira de Maria Clara Sottomayor, a consagração de uma causa autónoma e peremptória de divórcio para as situações de violência doméstica. Por outro lado, no que respeita à legitimidade para requerer o divórcio atribuída igualmente ao próprio cônjuge agressor, pensamos que seria muito favorável os nossos julgadores recorrerem à figura do abuso do direito, na modalidade de *venire contra factum proprium*, quando o próprio agressor pede o divórcio, acolhendo aqui a posição do Dr. Capelo de Sousa. Surgiria, assim, uma espécie de “sanção *sui generis*” nesses casos.

Por enquanto, resta-nos fazer um apelo à nossa jurisprudência, que tem nas mãos o poder de contornar as situações de injustiça e desprotecção do cônjuge que ocupa a posição mais frágil no divórcio, designadamente, as vítimas de violência doméstica, através de uma aplicação sensata e justa da lei (especialmente, da cláusula geral da alínea d) do artigo 1781.º do CC), e mais atenta à realidade social e familiar portuguesa.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

ALMEIDA, L. P. Moitinho de, “Os alimentos no Código Civil de 1966”, *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 28, 1968, Lisboa;

ANDRADE, Manuel A. Domingues de, “Algumas questões em matéria de ‘injúrias graves’ como fundamento de divórcio”, *RLJ*, ano 88, n.º 3064, 1955-1956;

BASTOS, Jacinto Fernandes Rodrigues, *Notas ao Código Civil*, volume VI, Lisboa, 1998;

BELEZA, Maria Leonor Pizarro, “Os efeitos do casamento”, *Reforma do Código Civil*, Ordem dos Advogados, Lisboa, 1981;

BOELE-WOELKI, Katharina, “Os Princípios do Direito da Família Europeu: os seus objectivos e as suas perspectivas”, *Lex Familiae*, RPDF, ano 3, n.º 5, 2006;

BOELE-WOELKI, Katharina, *A Harmonização do Direito da Família na Europa: Uma Comparação entre a Nova Lei Portuguesa do Divórcio com os Princípios da CEFL sobre Direito da Família Europeu*;

BOELE-WOELKI, Katharina; FERNAD, Frédérique, *Principles of European Family Law Regarding Divorce and Maintenance Between Former Spouses*, Intersentia – Anwerp – Oxford, 2004;

CAMPOS, Diogo Leite de, *Lições de Direito da Família e das Sucessões*, 2.^a edição, revista e actualizada, Coimbra, Almedina, 2005;

CARVALHO, Fidélia Proença de, *A filosofia da ruptura conjugal. Notas para um divórcio sem culpa*, Lisboa, 2002;

CARVALHO, Fidélia Proença de, “O conceito de culpa no divórcio – crime e castigo”, in *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977. Direito da Família e das Sucessões*, volume I, Coimbra, Coimbra Editora, 2004;

CERDEIRA, Ângela Cristina da Silva, *Da responsabilidade civil dos cônjuges entre si*, Coimbra Editora, 2000;

CHAVES, João Queiroga, *Casamento, divórcio e união de facto, Estudo de Direito da Família (De acordo com a Lei n.º 61/2008)*, Quid Juris, Sociedade Editora, 2009;

COELHO, Francisco Manuel Pereira, “Anotação ao acórdão do STJ de 19 de Janeiro de 1982”, *RLJ*, ano 116.º, n.º 3712, 1983-1984;

COELHO, Francisco Manuel Pereira, “Anotação ao acórdão do STJ, de 14 de Março de 1979”, *RLJ*, ano 112, n.º 3655, 1979;

COELHO, Francisco Manuel Pereira, “Caducidade do direito ao divórcio ou à separação de pessoas e bens”, *RLJ*, ano 104, números 3445, 3446, 3447, 3448 e 3450, 1971;

COELHO, Francisco Manuel Pereira, “Anotação ao Acórdão do STJ, de 25 de Fevereiro de 1975”, *RLJ*, 109, n.º 3562, 1976-1977;

COELHO, Francisco Manuel Pereira, “Anotação ao Acórdão do STJ, de 26 de Fevereiro de 1980”, *RLJ*, ano 114, n.º 3687, 1981;

COELHO, Francisco Manuel Pereira, “Divórcio e separação judicial de pessoas e bens na Reforma do Código Civil”, in *Reforma do Código Civil*, Ordem dos Advogados, Lisboa, 1981;

COELHO, Francisco Manuel Pereira, “Casamento e divórcio no ensino de Manuel de Andrade e na legislação actual”, in *Boletim da Faculdade de Direito*, volume LXXVII, Coimbra, 2001;

COELHO, Francisco Manuel Pereira, “Culpa na violação dos deveres conjugais”, anotação ao acórdão do STJ de 17 de Fevereiro de 1983, *RLJ*, ano 117.º, 1984/1985, n.º 3719 e 3720;

COELHO, Francisco Manuel Pereira e OLIVEIRA, Guilherme de, *Curso de Direito da Família. Introdução. Direito Matrimonial*, volume I, 4.ª edição, Coimbra Editora, 2008;

COLAÇO, Amadeu, *Novo regime do divórcio*, 2.ª ed. revista e actualizada, Almedina, 2009;

CORTE-REAL, Carlos Pamplona e PEREIRA, José Silva, *Direito da Família, Tópicos para uma reflexão crítica*, 2.ª ed., actualizada, AAFDL, Lisboa, 2011;

COSTA, Eva Dias, *Da relevância da culpa nos efeitos patrimoniais do divórcio*, Almedina, 2005;

COSTA, Eva Dias, “A eliminação do divórcio litigioso por violação culposa dos deveres conjugais”, in Maria Clara Sottomayor e Teresa Féria de Almeida, *E foram felizes para sempre...? Uma análise crítica do novo regime jurídico do divórcio*, Coimbra Editora, 2010;

DELGADO, Abel, *O divórcio*, 2.ª edição, Livraria Petrony, Lda., Lisboa, 1994;

DIAS, Cristina Araújo, “Responsabilidade civil e direitos familiares conjugais (pessoais e patrimoniais)”, *Separata Scientia Iuridica*, T. XLIX, números 286/288, 2000;

DIAS, Cristina Araújo, *Uma análise do novo regime jurídico do divórcio*, 2.ª ed., Almedina, 2009;

DIAS, Cristina Araújo, “O crédito pela compensação do trabalho doméstico prestado na constância do matrimónio (a contribuição consideravelmente superior de um dos cônjuges para os encargos da vida familiar – o art. 1676.º do Código Civil)”, in Maria Clara

Sottomayor e Teresa Féria de Almeida, *E foram felizes para sempre...? Uma análise crítica do novo regime jurídico do divórcio*, Coimbra Editora, 2010;

DIAS, Cristina Araújo, “Breves notas sobre a responsabilidade civil dos cônjuges entre si: O novo regime do art. 1792.º do Código Civil (na redacção dada pela Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro) e a manutenção da irresponsabilidade ao nível dos efeitos patrimoniais do casamento”, *Direito e Justiça, Estudos dedicados ao Professor Doutor Luís Alberto Carvalho Fernandes*, volume I, 2011;

DIAS, José Rosendo, “Indemnizar pelo divórcio?” *Tribuna da Justiça*, n.º 5, Maio de 1985;

FIALHO, António José, “Algumas questões sobre o novo regime jurídico do divórcio”, *Revista do CEJ*, n.º 14, 2.º semestre 2010;

HÖRSTER, Heinrich Ewald, “A respeito da responsabilidade civil dos cônjuges entre si (ou: A doutrina da “fragilidade da garantia” será válida?)”, *Separata Scientia Iuridica*, tomo XLIV, n.º 253/255, 1995;

HÖRSTER, Heinrich Ewald, “A responsabilidade civil entre os cônjuges”, in Maria Clara Sottomayor e Maria Teresa Féria de Almeida, *E foram felizes para sempre...? Uma análise crítica do novo regime jurídico do divórcio*, Coimbra Editora, 2010;

LEITÃO, Hélder Martins, *Da acção de divórcio e da separação judicial de pessoas e bens*, 7.ª edição, rev. e act., Almeida & Leitão, Lda., Porto, 2004;

LIMA, Pires de e VARELA, Antunes, *Código Civil anotado*, volume IV, 2.ª ed., rev. e act., Coimbra Editora, Limitada, 1992;

LOPES, Alexandra Viana, “Divórcio e responsabilidades parentais. Algumas reflexões sobre a aplicação do novo regime”, *Revista do CEJ*, n.º 11.º, 1.º semestre, 2009;

MATIAS, Carlos, “Da culpa e da inexigibilidade de vida em comum no divórcio”, *Temas de Direito da Família*, Livraria Almedina, Coimbra, 1986;

MEALHA, Esperança Pereira, *Acordos conjugais para partilha dos bens comuns*, Almedina, 2009;

MENDES, João de Castro, *Direito da Família*, AAFDL, 1990/1991;

OLIVEIRA, Guilherme de, “Transformações do Direito da Família”, in *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977. Direito da Família e das Sucessões*, volume I, Coimbra, Coimbra Editora, 2004;

OLIVEIRA, Guilherme de, “O regime do divórcio em Portugal. A propósito do novo projecto espanhol – um caso de “paralelismo espontâneo”?”, *Lex Familiae, Revista Portuguesa de Direito da Família*, ano 2, n.º 4, Coimbra Editora, 2005;

OLIVEIRA, Guilherme de, “Dois numa só carne”, *Lex Familiae*, ano 2, n.º 3, 2005;

OLIVEIRA, Guilherme de, “Linhas gerais da reforma do divórcio”, *Lex Familiae, Revista Portuguesa de Direito da Família*, ano 5, n.º 10, 2008;

OLIVEIRA, Guilherme de, “A nova lei do divórcio”, *Lex Familiae, Revista Portuguesa de Direito da Família*, ano 7, n.º 13, Coimbra Editora, 2010;

PINHEIRO, Jorge Duarte, *O núcleo intangível da comunhão conjugal, Os deveres conjugais sexuais*, Colecção teses, Almedina, Coimbra, 2004;

PINHEIRO, Jorge Duarte, *O ensino do direito da família contemporâneo*, Lisboa, 2007;

PINHEIRO, Jorge Duarte, *O Direito da Família Contemporâneo – Lições*, reimpressão, 3.^a edição, AAFDL, Lisboa, 2011;

PINTO, Ferreira, *Causas do divórcio*, 3.^a edição, revista e actualizada, Almeida & Leitão, LCLA Editora;

PITÃO, J. FRANÇA, *Legislação anotada sobre o divórcio*, Atlântida Editora, Coimbra, 1981;

PROENÇA, José João Gonçalves de, *Direito da Família*, 4.^a edição, Universidade Lusíada Editora, 2008;

RAMIÃO, Tomé d'Almeida, *O divórcio e questões conexas. Regime jurídico actual*, Quid Juris, Sociedade Editora, 2009;

ROCHA, Patrícia, “O divórcio sem culpa”, in *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977. Direito da Família e das Sucessões*, volume I, Coimbra, Coimbra Editora, 2004;

SÁ, Almeno de, “A revisão do Código Civil e a Constituição”, *Revista de Direito e Economia*, ano III, 1977;

SANTOS, Eduardo dos, *Direito da Família*, Almedina, Coimbra, 1985;

SANTOS, Eduardo dos, *Do divórcio, suas causas, processo e efeitos*, 2.^a edição, ELCLA, Almeida & Leitão, Lda., 1998;

SERRA, Vaz, Anotação ao acórdão do STJ de 21 de Junho de 1968, *RLJ*, ano 102, 1969-1970, Coimbra Editora;

SOARES, Quirino, “O que diz o Supremo”, *Lex Familiae*, RPDF, ano 3, n.º 5, 2006;

SOTTOMAYOR, Maria Clara, “Uma análise crítica do novo regime jurídico do divórcio”, in Maria Clara Sottomayor e Maria Teresa Féria de Almeida, *E foram felizes para*

sempre...? Uma análise crítica do novo regime jurídico do divórcio, Coimbra Editora, 2010;

SOUSA, Miguel Teixeira de, *O regime jurídico do divórcio*, Livraria Almedina, Coimbra, 1991;

SOUSA, Rabindranath Capelo de, “Recentes alterações em direito da família, direito dos menores e direito das sucessões”, *Boletim da Faculdade de Direito*, vol. LXXXIX, Tomo I, Coimbra, 2013;

TELES, Inocêncio Galvão, “Alimentos”, *CJ*, ano XIII, tomo II, 1988;

TOMÉ, Maria João Romão Carreiro Vaz, “O direito à pensão de reforma enquanto bem comum do casal”, *Boletim da Faculdade de Direito, Studia Iuridica*, 27, Coimbra Editora, 1997;

TOMÉ, Maria João Romão Carreiro Vaz, “Considerações sobre alguns efeitos patrimoniais do divórcio na Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro: (in)adequação às realidades familiares do século XXI?”, in Maria Clara Sottomayor e Teresa Féria de Almeida, *E foram felizes para sempre...? Uma análise crítica do novo regime jurídico do divórcio*, Coimbra Editora, 2010;

VARELA, Antunes, *Direito da Família*, 1.º volume, 5.ª edição, rev. e act., Livraria Petrony, Lda., Editores, 1999;

XAVIER, M. Rita Aranha da Gama Lobo, *Limites à autonomia privada na disciplina das relações patrimoniais entre os cônjuges*, Almedina, 2000;

XAVIER, Rita Lobo, *Recentes alterações ao regime jurídico do divórcio e das responsabilidades parentais*, Almedina, 2009;

XAVIER, Rita Lobo, “Direito ao divórcio, direitos recíprocos dos cônjuges e reparação dos danos causados: liberdade individual e responsabilidade no novo regime do divórcio”, in *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Heinrich Ewald Hörster*, Almedina, 2012;

XAVIER, Rita Lobo, “Direito ao divórcio, direitos recíprocos dos cônjuges e reparação dos danos causados: liberdade individual e responsabilidade no novo regime do divórcio”, *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Heinrich Hörster*, Almedina, 2012;

RESENHA JURISPRUDENCIAL:

- Supremo Tribunal de Justiça:

Acórdão do STJ de 17 de Fevereiro de 1983, publicado no BMJ, n.º 324, pp. 584 e ss. e na RLJ, ano 117.º;

Ac. STJ, de 11 de Março de 1992, Processo n.º 081485, relator José Magalhães, disponível em www.dgsi.pt;

Assento n.º 5/94 do STJ, de 26 de Janeiro de 1994 (publicado no DR I-A de 24-3-1994;

Acórdão do STJ, de 10 de Dezembro de 1996, *CJ* (STJ), ano IV, tomo III, 1996;

Acórdão do STJ, de 8 de Fevereiro de 2000, *CJ* (STJ), ano 8, 2000, Tomo I;

Acórdão do STJ, de 5 de Julho de 2001, processo n.º 1858/01, relator Araújo de Barros, *CJ* (STJ), ano IX, tomo II, 2001;

Ac. STJ de 16 de Maio de 2002, Processo n.º 02B1290, relator Araújo de Barros, disponível em www.dgsi.pt;

Acórdão do STJ, de 3 de Junho de 2004, processo n.º 04B1564, relator Luís Fonseca www.dgsi.pt);

Acórdão do STJ, de 17 de Junho de 2004, processo n.º 04B1819, relator Araújo Barros, disponível em www.dgsi.pt;

Acórdão do STJ de 30-9-2004, Revista n.º 540/04 - 7.ª secção, relator Araújo Barros;

Acórdão do STJ, de 7 de Outubro de 2004, processo n.º 04B2767, relator Ferreira de Almeida, disponível em www.dgsi.pt;

Acórdão do STJ, de 27 de Janeiro de 2005, processo n.º 04B4035, relator Ferreira Girão;

Acórdão do STJ, de 3 de Novembro de 2005, processo n.º 05B2266, relator Lucas Coelho;

Acórdão do STJ, de 11 de Julho de 2006, *CJ* (STJ), ano XIV, tomo II, 2006;

Acórdão do STJ, de 10-10-2006, processo n.º 06A2736, relator Afonso Correia, www.dgsi.pt;

Acórdão do STJ, de 24 de Outubro de 2006, processo n.º 06B2898, relator Ferreira Girão, disponível em www.dgsi.pt;

Acórdão do STJ, de 14 de Novembro de 2006, processo n.º 06A2899, relator Faria Antunes, disponível em www.dgsi.pt;

Acórdão do STJ, de 6 de Março de 2007, processo n.º 07A297, relator Sebastião Póvoas;

Acórdão do STJ, de 12 de Fevereiro de 2008, processo n.º 07A4317, relator Garcia Calejo, disponível em www.dgsi.pt;

Acórdão do STJ, de 08-09-2009, processo n.º 464/09.7YFLSB, relator Sebastião Póvoas, disponível em www.dgsi.pt;

Acórdão do STJ, de 14-01-2010, processo n.º 179/09.6YREVR.S1, 2.ª Secção, relator Serra Baptista, disponível em www.dgsi.pt;

Acórdão do STJ, de 25 de Março de 2010, revista n.º 546/07.0TMFAR.E1.S1 – 1.ª Secção, relator Alves Velho, <http://www.stj.pt/ficheiros/jurisp-sumarios/civel/sumarios-civel-2010.pdf>;

Ac. STJ de 9 de Setembro de 2010, processo n.º 5525/06.1TBLRA.C1.S1, 2.ª secção, relator Álvaro Rodrigues, www.dgsi.pt;

Acórdão do STJ, de 30-11-2010, Revista n.º 806/08.2TBFIG.C1.S1 - 6.ª Secção, relator Fonseca Ramos, cujo sumário é consultável em <http://www.stj.pt/ficheiros/jurisp-sumarios/civel/sumarios-civel-2010.pdf>;

Acórdão do STJ, de 09-02-2012, processo n.º 819/09.7TMPRT.P1.S1 – 1.ª secção, relator Hélder Roque, disponível em www.dgsi.pt;

Acórdão do STJ, de 28-06-2012, Processo n.º 1733/05.0TBCTB.C1.S1 – 7.ª Secção, relator Távora Victor, www.dgsi.pt;

Acórdão do STJ, de 17-09-2013, processo n.º 5036/11.3TBVNG.P1.S1 – 1.ª Secção, relator Mário Mendes, disponível em www.dgsi.pt;

Acórdão do STJ de 3 de Outubro de 2013, Processo n.º 2610/10.9TMPRT.P1.S1 – 7.ª Secção, relatora Maria dos Prazeres Pizarro Beleza, disponível em www.dgsi.pt;

Acórdão do STJ, de 20-02-2014, Processo n.º 141/10.6TMSTB.E1.S1 – 7.ª Secção, relator Granja da Fonseca, www.dgsi.pt;

- Tribunal da Relação de Coimbra:

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 17 de Outubro de 2006, processo n.º 2833/04.0TBFIG.C1, relator Isaías Pádua www.dgsi.pt;

Acórdão TRC, de 3-11-2009, Processo n.º 844/07.2TBCNT.C1, relator Carlos Moreira, disponível em www.dgsi.pt;

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 12 de Abril de 2011, processo n.º 235/08.8TBSRT.C1, relator António Beça Pereira, disponível em www.dgsi.pt;

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 07-06-2011, Processo n.º 394/10.0TMCBR.C1, relator Fonte Ramos, disponível em www.dgsi.pt;

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 17-04-12, processo n.º 320/10.6TBTMR.C1, relatora Sílvia Pires, www.dgsi.pt;

- Tribunal da Relação de Lisboa:

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 1 de Abril de 1982, Recurso n.º 1037, relator Ricardo António da Velha, *CJ*, ano VII, 1982;

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 29 de Março de 1993, processo n.º 0064032, relator Santos Bernardino, disponível em www.dgsi.pt;

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 1-07-2003, processo n.º 4896/2003-7, relator Pimentel Marcos, disponível em www.dgsi.pt;

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 6 de Julho de 2005, processo n.º 6867/2005-8, relator Salazar Casanova, disponível em www.dgsi.pt;

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 23 de Fevereiro de 2006, processo n.º 660/2006-6, relator Granja da Fonseca, disponível em www.dgsi.pt;

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 10 de Maio de 2007, processo n.º 3413/2007-6, relator Olindo Geraldês, disponível em www.dgsi.pt;

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 12-3-2009, processo n.º 9515/2008-6, relatora Márcia Portela;

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 22-04-2010, processo n.º 568/07.0TMLS.L1-2, relatora Ana Paula Boularot, disponível em www.dgsi.pt;

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, 10-2-2011, processo n.º 568/09.6TBMFR.L1-2, relator Ezagüy Martins, disponível em www.dgsi.pt;

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 14-4-2011, Processo n.º 2604/08.4TMLS.L1-2, relatora Teresa Albuquerque, disponível em www.dgsi.pt;

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 22-11-2011, Processo n.º 2659/09.4TBSXL.L1-1, relator Afonso Henrique, disponível em www.dgsi.pt;

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 15-05-2012, processo n.º 9139/09.6TCLRS.L1-7, relator Luís Lameiras, disponível em www.dgsi.pt;

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 15-05-2012, processo n.º 1017/09.5TMLSBL1-7, relatora Dina Monteiro, disponível em www.dgsi.pt;

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 19-02-2013, processo n.º 3622/09.0TBSXL-L1-L, relatora Teresa de Sousa Henriques, disponível em www.dgsi.pt;

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 19-02-2013, processo n.º 249/11.0TMLSBL1-1, relatora Teresa de Sousa Henriques, disponível em www.dgsi.pt;

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 9-4-2013, processo n.º 22317/09.9T2SNT.L1-1, relator Manuel Marques, disponível em www.dgsi.pt;

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 12-09-2013, processo n.º 2402/08.5TMLSBL1-8, relator Ilídio Sacarrão Martins, disponível em www.dgsi.pt;

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 15-01-2015, processo n.º 7514/12.8TCLRS.L1-8, relator Luís Correia de Mendonça, disponível em www.dgsi.pt;

- Tribunal da Relação do Porto:

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 24 de Fevereiro de 2003, processo n.º 0252605, relator Marques Pereira, disponível em www.dgsi.pt;

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 11-4-2005, processo n.º 0551484, relator Caimoto Jácome, disponível em www.dgsi.pt;

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 8 de Maio de 2006, processo n.º 0650580, relator Jorge Vilaça, disponível em www.dgsi.pt;

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 4 de Julho de 2007, Processo n.º 0731490, relator José Ferraz, disponível em www.dgsi.pt;

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 4-12-2008, processo n.º 0836498, relator Luís Espírito Santo, todos disponíveis em www.dgsi.pt;

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 12-1-2010, processo n.º 503/08.9TJVNF.P1, relator Guerra Banha, disponível em www.dgsi.pt;

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 15-03-2010, processo n.º 421/06.5TMPRT.P1, relatora Maria de Deus Correia, disponível em www.dgsi.pt;

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 14-06-2010, processo n.º 318/09.7TBCHV.P1, relatora Maria de Deus Correia, disponível em www.dgsi.pt;

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 15-03-2011, processo n.º 5496/09.2TBVFR.P1, relator António Martins, disponível em www.dgsi.pt;

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 29-03-2011, processo n.º 1506/09.1TBOAZ.P1, relator Guerra Banha, disponível em www.dgsi.pt;

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 15-09-2011, processo n.º 11425/08.3TBVNG.P1, relator Filipe Carço, www.dgsi.pt;

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 14 de Fevereiro de 2013, Processo n.º 999/11.1TMPRT.P1, relator Leonel Serôdio, disponível em www.dgsi.pt;

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 18-04-2013, Processo n.º 3003/10.3TBVNG.P2, relatora Deolinda Varão, disponível em www.dgsi.pt;

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 22-04-2013, processo n.º 2610/10.9TMPRT.P1, relatora Ana Paula Carvalho, disponível em www.dgsi.pt;

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 10-07-2013, processo n.º 304/11.7TMPRT-A.P1, relatora Maria Amália Santos, www.dgsi.pt;

- Tribunal da Relação de Évora:

Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 26-06-2008, processo n.º 1303/08-2, relator Bernardo Domingos, disponível em www.dgsi.pt;

Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 17-01-2013, processo n.º 2062/11.6TBPTM.E, relator Paulo Amaral, disponível em www.dgsi.pt;

Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 21-03-2013, Processo n.º 292/10.7T2SNS.E1, relator José Lúcio, disponível em www.dgsi.pt;

Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 06-06-2013, Processo n.º 424/11.8TMFAR.E1, relatora Conceição Ferreira, disponível em www.dgsi.pt;

Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 12-03-2015, Processo n.º 169/12.1TBFTR.E1, relator Silva Rato, disponível em www.dgsi.pt;

Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 12-03-2015, Processo n.º 367/10.2T2SNS.E1, relatora Cristina Cerdeira, disponível em www.dgsi.pt;

- Tribunal da Relação de Guimarães:

Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 11-11-2010, processo n.º 52/09.8TBMLG.G1, relatora Teresa Pardal, disponível em www.dgsi.pt;

Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 18-10-2011, processo n.º 1681/09.5TBBCL.G1, relator José Manuel Araújo de Barros, disponível em www.dgsi.pt;

Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 11-09-2012, processo n.º 250/10.1TMBRG.G1, relator Espinheira Baltar, disponível em www.dgsi.pt;

Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 14-03-2013, Processo n.º 91/10.6TMBRG.G1, relator Manuel Bargado, disponível em www.dgsi.pt;

Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 13-06-2013, processo n.º 622/08.1TMBRG.G1, relatora Rita Romeira, disponível em www.dgsi.pt

Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 25-11-2013, processo n.º 320/12.1TBVLN.G1, relator António Beça Pereira, disponível em www.dgsi.pt;

Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 10-07-2014, processo 836/13.2TMBRG-B-G1, relatora Ana Cristina Duarte, disponível em www.dgsi.pt;

Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 08-01-2015, Processo n.º 3835/11.5TJVNF.G1, relator António Santos, disponível em www.dgsi.pt;