



UNIVERSIDADE D
COIMBRA

Kuong Si Long

**A ADMISSIBILIDADE DO DIVÓRCIO A-PEDIDO NO
ORDENAMENTO JURÍDICO PORTUGUÊS: ESTUDO
COMPARATIVO COM O DIVÓRCIO UNILATERAL
NO ORDENAMENTO JURÍDICO ESPANHOL**

**Dissertação no âmbito do 2.º Ciclo de Estudos em Direito, na Área
de Especialização em Ciências Jurídico-Civilísticas, com Menção
em Direito Civil, orientada pelo Professor Doutor Francisco
Manuel Brito Pereira Coelho e apresentada à Faculdade de Direito
da Universidade de Coimbra.**

Outubro de 2020



FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE D
COIMBRA

Kuong Si Long

A admissibilidade do divórcio a-pedido no ordenamento jurídico português: estudo comparativo com o divórcio unilateral no ordenamento jurídico espanhol

The admissibility of divorce on demand in the Portuguese legal system: comparative study with unilateral divorce in the Spanish legal system

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra no âmbito do 2.º Ciclo de Estudos em Direito, na Área de Especialização em Ciências Jurídico-Civilísticas, com Menção em Direito Civil, sob orientação do Professor Doutor Francisco Manuel Brito Pereira Coelho

Coimbra

2020

Agradecimentos

Aos meus pais, pelo apoio incondicional, carinho, compreensão e paciência em todos os momentos. Sem eles não seria o que sou hoje, nem teria alcançado o que alcancei.

À Winny, a minha amiga e irmã não biológica, pelo acompanhamento durante todos estes anos, quer nos momentos bons quer nos menos bons, e pela confiança que sempre depositou em mim.

À Phoebe, a minha amiga e irmã não biológica, pela constante presença, pelas palavras de encorajamento e pelos conselhos que sempre me deu nos momentos mais difíceis.

À Sra. Dra. Susana Chou e à Associação Beneficência de Tong Chai de Macau, pela ajuda contínua ao longo da minha estadia em Portugal.

Ao professor Doutor Francisco Brito Pereira Coelho, orientador da minha dissertação, por toda a simpatia, disponibilidade e preciosos ensinamentos.

A todos aqueles que estavam sempre ao meu lado, dando-me forças para seguir em frente.

Resumo

O divórcio tem sempre sido um tema polémico não apenas na sociedade, mas também na legislação. Sendo uma temática repleta de complexidades, a dissolução do matrimónio pelo divórcio implica não apenas o fim de um projecto comum de vida, mas também envolve vários interesses, desde os pessoais aos patrimoniais e dos interesses dos próprios cônjuges aos interesses dos filhos. Não obstante ser uma das experiências mais desgastantes e dolorosas pelas quais se pode passar, observamos que a incidência do divórcio tem aumentado nas últimas décadas. Devido ao melhoramento nas condições de saúde e à maior longevidade, o tempo que os esposos podem esperar passar juntos aumentou drasticamente, o que representa, porém, uma maior vulnerabilidade das relações conjugais. Ao mesmo tempo, as mudanças económicas e a emancipação económica da mulher permitiram a diminuição dos matrimónios que se mantêm somente por razões de ordem económica. Mais relevante ainda, tem ocorrido uma mudança radical no modo de encarar o casamento. Numa sociedade onde a liberdade individual é altamente valorizada, o matrimónio é visto hoje como um instrumento da felicidade e realização pessoal, e o divórcio é considerado como a consequência compreensível da impossibilidade de alcançar a felicidade dentro do matrimónio. Destarte, as recentes reformas legislativas têm procurado facilitar o divórcio. Focando no divórcio litigioso, a presente dissertação tem como objectivo analisar a admissibilidade do divórcio a-pedido no ordenamento jurídico português. Damos, ao mesmo tempo, destaque ao regime do divórcio unilateral no ordenamento jurídico espanhol, uma vez que este é visto como paradigmático do sistema do divórcio a-pedido.

Palavras-chave

Divórcio, Divórcio litigioso, Divórcio sem consentimento de um dos cônjuges, Divórcio unilateral, Divórcio-constatação da ruptura do casamento, Divórcio a-pedido, Deslegalização do divórcio, Liberalização do divórcio

Abstract

Divorce has always been a controversial topic, not only in society but also in legislation. As an issue brimming with complexities, the dissolution of marriage by divorce does not only imply the end of a common life project, but also involves various interests, from those that are personal to those that are patrimonial, and from the interests of the spouses to the interests of their children. Despite being one of the most stressful and painful experiences that one can go through, we observe that the incidence of divorce has increased over the past few decades. Due to improved health conditions and greater longevity, the time that the spouses can expect to spend together has increased dramatically, which represents, however, a greater vulnerability in marital relationships. At the same time, the economic changes and the economic emancipation of women have allowed the reduction of marriages that are maintained only for economic reasons. More importantly, there has been a radical change in the way people view marriage. In a society where individual liberty is highly valued, marriage is today seen as a matter of personal happiness and fulfillment, and divorce is considered to be an understandable consequence of the impossibility to achieve happiness within marriage. In this way, the recent legislative reforms have sought to facilitate divorce. Focusing on litigious divorce, the present dissertation aims to analyze the admissibility of divorce on demand in the Portuguese legal system. At the same time, we give emphasis to the regime of unilateral divorce in the Spanish legal system, because it is viewed as paradigmatic of the system of divorce on demand.

Keywords

Divorce, Litigious divorce, Divorce without the consent of one of the spouses, Unilateral divorce, Divorce based on the breakdown of marriage, Divorce on demand, Delegalization of divorce, Liberalization of divorce

Siglas e abreviaturas

Ac. – Acórdão
Acs. – Acórdãos
AR – Assembleia da República
art. – artigo
arts. – artigos
CCe – Código Civil espanhol
CCp – Código Civil português
CE – Constituição Espanhola
CEJ – Centro de Estudos Judiciários
cfr. – confrontar
cit. – citado
CJ – Colectânea de Jurisprudência
coord. – coordenador
CPCp – Código de Processo Civil português
CRP – Constituição da República Portuguesa
ed. – edição
MP – Ministério Público
n.º – número
org. – organizador
p. – página
pp. – páginas
RLJ – Revista de Legislação e de Jurisprudência
ROA – Revista da Ordem dos Advogados
SAP – Sentença da Audiência Provincial
ss. – seguintes
STJ – Supremo Tribunal de Justiça
TC – Tribunal Constitucional
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 de Porto

vol. – volume

Índice

Introdução	8
1. A “questão do divórcio”	9
2. Evolução histórica do divórcio.....	10
2.1. Direito romano	10
2.2. Influência do pensamento cristão	11
2.3. Legislação contemporânea.....	13
3. Os sistemas tradicionais do divórcio	14
3.1. Sistema do divórcio-sanção	14
3.2. Sistema do divórcio-remédio	17
3.3. Sistema do divórcio-constatação da ruptura	18
4. Esboço do regime jurídico do divórcio litigioso em Portugal	19
4.1. Evolução legislativa do regime	19
4.1.1. A Lei do Divórcio de 1910	19
4.1.2. A Concordata entre Portugal e a Santa Sé de 1940	20
4.1.3. O Código Civil de 1966	21
4.1.4. A Reforma de 1977	22
4.1.5. A Lei n.º 61/2008.....	24
4.2. O regime actual do divórcio sem consentimento de um dos cônjuges, introduzido pela Lei n.º 61/2008.....	24
4.2.1. Ideologia inspiradora do regime, segundo a Exposição de motivos do Projecto de Lei n.º 509/X.....	24
4.2.2. As principais mudanças operadas no regime do divórcio litigioso (denominação antiga)	26
4.2.2.1. Alteração de terminologia.....	26
4.2.2.2. Eliminação da culpa tanto nas causas como nos efeitos do divórcio	27
4.2.3. As causas do divórcio sem consentimento de um dos cônjuges.....	29
4.2.3.1. Separação de facto	29
4.2.3.2. Alteração das faculdades mentais	35
4.2.3.3. Ausência sem notícias.....	36
4.2.3.4. Quaisquer outros factos demonstrativos da ruptura definitiva do casamento	

.....	37
4.2.3.4.1. Dificuldades na concretização do conceito de “ruptura definitiva do casamento”: interpretação doutrinária e jurisprudencial.....	37
4.2.3.4.2. Síntese conclusiva: A admissão do divórcio a-pedido?	49
5. Esboço do regime jurídico do divórcio unilateral na Espanha.....	56
5.1. Evolução legislativa do regime.....	56
5.1.1. A Lei do Divórcio de 1932	56
5.1.2. A Lei 30/1981	58
5.1.3. A Lei 15/2005	60
5.2. O regime actual do divórcio unilateral, introduzido pela Lei 15/2005	60
5.2.1. Ideologia inspiradora do regime	61
5.2.2. Requisitos do divórcio unilateral	63
6. Um olhar para o futuro: Admissibilidade do divórcio a-pedido	65
6.1. Evolução da concepção do casamento.....	66
6.2. Função da lei do divórcio.....	70
Conclusão.....	75
Bibliografia	79
Jurisprudência	87

Introdução

O divórcio tem sempre sido um tema muito debatido, tanto no plano social, como no plano jurídico. Consistindo numa temática cheia de complexidades, a dissolução do casamento pelo divórcio representa não somente o termo de um projecto comum de vida, mas também envolve vários interesses, desde os pessoais aos patrimoniais e dos interesses dos próprios cônjuges aos interesses dos filhos. O certo é que o processo de divórcio é doloroso. Mas é também verdade que a necessidade do divórcio é maior hoje em dia do que há décadas atrás. Graças ao melhoramento nas condições de saúde e à expectativa de maior longevidade, o tempo que os parceiros matrimoniais podem esperar passar juntos aumentou drasticamente, o que implica, todavia, um aumento do risco de desgaste e uma maior vulnerabilidade das relações matrimoniais. Ao mesmo tempo, as mudanças económicas sem precedentes e a emancipação económica da mulher permitiram a redução dos matrimónios que se mantêm só por razões de ordem económica. Mais importante ainda, tem ocorrido uma mudança substancial no modo de encarar a relação conjugal. O divórcio deixou de ser uma realidade socialmente inaceitável. Destacando-se, nos dias de hoje, a liberdade individual e a autonomia na esfera privada da vida dos indivíduos, entende-se que cada um dos membros do casamento tem direito à liberdade e à felicidade e a dissolução do matrimónio não é mais do que a consequência normal da impossibilidade de alcançar essa felicidade. Assim, as reformas legislativas recentes têm procurado facilitar a obtenção do divórcio, quer por mútuo consentimento quer pela via litigiosa.

Prestando atenção ao divórcio litigioso, a presente dissertação é desenvolvida no contexto da oposição entre a liberalização deste e a manutenção das condições de acesso a esta modalidade de divórcio, e tem como objectivo analisar a admissibilidade do divórcio a-pedido no ordenamento jurídico português, dando especial destaque, em simultâneo, ao regime do divórcio unilateral, no ordenamento jurídico espanhol, por este ser considerado como paradigmático do sistema do divórcio a-pedido.

1. A “questão do divórcio”

O debate do divórcio centrava-se, anteriormente, na admissão ou não deste como via de dissolução do casamento, sendo que a doutrina se apresentava bastante dividida em relação a esta “questão do divórcio”¹. Por um lado, os defensores do divórcio salientavam que os cônjuges não deviam ser obrigados a manter-se casados nas situações em que a continuação da vida matrimonial se tornasse intolerável. Esclareceram também que o divórcio não é a verdadeira causa da falência do casamento, mas apenas se limita a reconhecer, no plano jurídico, o facto da falência. Por outro lado, os adversários do divórcio destacaram o valor institucional do casamento. A dissolução deste não só afecta os interesses dos cônjuges, mas também os dos filhos. Assim, para eles, a extinção do matrimónio não devia depender simplesmente da vontade dos cônjuges. Como segunda preocupação apontaram ainda o efeito multiplicador do divórcio, pois a facilidade de obter o divórcio podia ocasionar o agravamento de conflitos, transformando pequenos desentendimentos em crises irremediáveis. Por fim, levantaram a questão da possível imprudência na hora de escolher o cônjuge e os inconvenientes gerados pela necessidade posterior de dissolver o vínculo como argumentos a usar contra a facilitação do divórcio².

Hoje em dia, como resultado do desenvolvimento social e económico e da alteração de mentalidades, a admissão do divórcio entende-se ser consensual, havendo, deste modo, quem considere que a “questão do divórcio” está ultrapassada, ou seja, o debate acerca das causas do divórcio está definitivamente resolvido. Assim, a nossa atenção deverá centrar-se nos efeitos do divórcio, nomeadamente na protecção dos interesses dos filhos menores e do ex-cônjuge, economicamente mais débil.

Como referem PEREIRA COELHO e GUILHERME DE OLIVEIRA³, tal afirmação parece um pouco exagerada. Apesar de a questão dos efeitos do divórcio ser de elevada importância, a questão atinente às causas do divórcio mantém-se igualmente válida. A emergência da nova concepção do casamento, numa sociedade moderna marcada pelo crescente individualismo e pluralismo, continua a deixar-nos algumas dúvidas quanto a esta última questão. Por exemplo, deverá ser decretado o divórcio quando qualquer um dos cônjuges assim o solicite,

¹ Cfr. CAMPOS, DIOGO LEITE DE, *Lições de direito da família e das sucessões*, 2.^a ed., Almedina, Coimbra, 2010, pp. 267-269; COELHO, FRANCISCO MANUEL PEREIRA e OLIVEIRA, GUILHERME DE, *Curso de direito da família*, 5.^a ed., Imprensa da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2018, pp. 681-684; VARELA, ANTUNES, *Direito da família*, Livraria Petrony, Lisboa, 1987, pp. 457-464.

² VARELA, ANTUNES, *Direito da família*, cit., pp. 459-462.

³ COELHO, FRANCISCO MANUEL PEREIRA e OLIVEIRA, GUILHERME DE, *Curso de direito da família*, cit., p. 682.

só porque a vontade manifestada por ele, no sentido de terminar o matrimónio, demonstra suficientemente a existência de ruptura do casamento, admitindo-se, assim, o divórcio a pedido? Ou apenas deve ser decretado o divórcio (solicitado por um dos cônjuges) nas situações em que são alegados e provados factos convincentes de que existe uma quebra irreversível da relação matrimonial? A presente dissertação concentra-se no divórcio litigioso, partindo da oposição entre a liberalização deste, em nome do direito à felicidade e à liberdade individual, e a manutenção das limitações desta modalidade de divórcio, tendo em consideração a responsabilidade que o casamento implica.

2. Evolução histórica do divórcio

Como diz VOLTAIRE: “*Todo o divórcio começa mais ou menos ao mesmo tempo que o casamento. O casamento talvez comece algumas semanas mais cedo.*” A ideia do divórcio, desde o seu surgimento, é inseparável da ideia do casamento. E tal como o casamento, o divórcio não é uma invenção da legislação moderna. Este instituto tem, efectivamente, raízes profundas na história humana⁴.

2.1. Direito romano

No direito romano clássico, o casamento não era concebido como acto jurídico gerador do vínculo matrimonial, mas como um estado fundamentado num consenso⁵, melhor dizendo, a convivência do marido com a mulher, animada pela *affectio maritalis*⁶.

Na verdade, a sociedade conjugal da época era caracterizada por três pressupostos essenciais: idade núbil (*pubertas*), capacidade matrimonial, apurada jurídica e socialmente (*conubium* ou *ius conubii*) e a vontade contínua e efectiva dos cônjuges de se manterem unidos pelo casamento, cuja existência podia ser determinada por qualquer meio de prova (*affectio maritalis* ou *consensus*)⁷ ⁸. Desta forma, a subsistência do vínculo matrimonial dependia da vontade dos cônjuges, que tinha de ser renovada de maneira contínua, no dia-a-dia, desaparecendo tal vínculo quando cessasse o consenso de qualquer dos cônjuges.

⁴ VARELA, ANTUNES, *Direito da família*, cit., p. 454.

⁵ CAMPOS, DIOGO LEITE DE, *Lições de direito da família...*, cit., p. 71.

⁶ SANTOS, EDUARDO DOS, *Direito da família*, Livraria Almedina, Coimbra, 1999, p. 131.

⁷ CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES, “Divórcio e casamento na I República: Questões fraturantes como arma de conquista e de manutenção do poder pessoal?”, *ROA*, ano 72, vol. I, 2012, pp. 49-50.

⁸ O aforismo “*nuptias non concubitus sed consensus facit*” (“*não é a convivência, mas o consenso que faz o casamento*”, tradução de COSTA, EVA DIAS, *Da relevância da culpa nos efeitos patrimoniais do divórcio*, Almedina, Coimbra, 2005, p. 21, nota 18) mostra a relevância do *consensus*.

Apesar de a relação conjugal estar disponível perante a vontade dos próprios cônjuges, ela, como sugere a definição dada pelo conhecido jurisconsulto romano MODESTINO “*nuptiae sunt coniunctio maris et feminae et consortium omnis vitae, divini et humani iuris communicatio*”⁹, era vista como uma situação jurídica tendencialmente perpétua.

Tal como o casamento, o divórcio não era um acto jurídico. Semelhante à constituição do casamento, a dissolução do mesmo também não exigia qualquer formalidade especial. Quando cessava a *affectio maritalis*, cessava automaticamente o casamento, sendo somente necessário avisar o outro cônjuge por palavra, por escrito (*per litteras*) ou através de um mensageiro (*per nuntium*)^{10 11}.

A prática do divórcio foi alargada nos anos finais da República. Deste modo, com o objectivo de evitar as perturbações sociais causadas, César Augusto adoptou medidas contra o divórcio¹².

2.2. Influência do pensamento cristão

O casamento, no pensamento cristão, é considerado um sacramento, uma união “criada” por Cristo para toda a vida, que tem como finalidade última a procriação e educação da prole. Para a Igreja, o matrimónio cristão, como laço indissolúvel, simboliza a união de Cristo com a Igreja. Para além da indissolubilidade, o casamento cristão caracteriza-se pela ideia da unidade, devendo os cônjuges auxiliar-se mutuamente e transformar-se num só indivíduo, tanto na carne como no espírito¹³. Foi com o Cristianismo que se iniciou o combate à regra da livre dissolubilidade do vínculo conjugal na tradição romana.

Somente nas leis do Imperador romano Constantino, sob a influência do Cristianismo, o matrimónio começa a delinear-se como um negócio jurídico bilateral, fundamentado na manifestação de vontade recíproca e constitutiva do vínculo conjugal. O *consensus*, visto no direito romano clássico como a vontade continuada de permanecer casados, assumiu sentido distinto nessa época, reportando-se à troca das declarações de

⁹ “O casamento é a relação do marido e da mulher e a união para toda a vida, numa comunhão de Direito divino e humano.” Tradução de CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES, “Divórcio e casamento na I República...”, cit., p. 49, nota 7.

¹⁰ CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, GUILLERMO, *Matrimonio y Constitución, Presente y posible futuro*, Editorial Reus, Madrid, 2013, p. 89.

¹¹ A cessação da *affectio maritalis* foi conhecida pelos juristas como *divortium*, quando era bilateral e como *repudium*, quando era unilateral.

¹² CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES, “Divórcio e casamento na I República...”, cit., p. 50.

¹³ O casamento cristão apenas se dissolve pela morte. Veja-se o versículo bíblico: “Assim, eles já não são dois, mas sim uma só carne. Portanto, o que Deus uniu, ninguém separe.” (Mateus 19:6)

vontade, na fase da constituição do vínculo, conceito que perdura hoje na concepção contratualista do casamento. Desta forma, nascendo do encontro das declarações de vontade inicial, o vínculo matrimonial persiste independentemente da verificação, em momento posterior, dessa vontade¹⁴.

Com base nessa ordem de ideias, emerge, nos tempos de Constantino e de Justiniano, a concepção do divórcio como sanção contra o acto culposo de um dos cônjuges, que é adoptada mais tarde pela legislação contemporânea em matéria do divórcio.

É de salientar que na tentativa de restringir o divórcio unilateral, Constantino determinou que constituíam *iusta causa* para a mulher se divorciar do marido as situações em que este fosse envenenador (*homicida medicamentarius*) ou violador de sepulcros (*sepulchrorum dissolutor*), e constituíam *iusta causa* para o marido se divorciar da mulher as situações em que esta fosse adúltera (*moecha*), envenenadora (*medicamentaria*) ou alcoviteira (*conciliatrix*)¹⁵.

No regime de Justiniano, o elenco de *iusta causa* foi alargado, passando a incluir “*a maquinação ou conjura contra o imperador ou a respectiva ocultação, o adultério declarado ou hábitos imorais da mulher, o abandono da casa do marido, injúrias ao outro cônjuge, a falsa acusação de adultério por parte do marido, o lenocínio tentado pelo marido, a associação assídua do marido com outra mulher, dentro ou fora da casa conjugal.*”¹⁶ Existiam, em síntese, quatro tipos de divórcio: o divórcio unilateral por acto culposo – consagrado na lei e referido *supra* – do outro cônjuge (*divortium ex iusta causa*), o divórcio unilateral sem justa causa (*divortium sine causa*), o divórcio por mútuo acordo (*divortium communi consensu*) e o divórcio baseado em causas objectivas, não culposas, como por exemplo impotência incurável, cativo de guerra ou voto de castidade (*divortium bona gratia*).

Ora, no divórcio unilateral por acto culposo de um dos cônjuges, o cônjuge culpado era sancionado através da perda do dote ou da doação nupcial ou, quando estes não existiam, através da perda da quarta parte dos bens. Para além disto, era obrigado a retirar-se para um mosteiro. As mesmas sanções aplicavam-se aos casos do divórcio unilateral não justificado e do divórcio por comum acordo¹⁷.

¹⁴ CAMPOS, DIOGO LEITE DE, *Lições de direito da família...*, cit., pp. 71-72.

¹⁵ COSTA, EVA DIAS, *Da relevância da culpa...*, cit., p. 22.

¹⁶ COSTA, EVA DIAS, *Da relevância da culpa...*, cit., p. 23.

¹⁷ COSTA, EVA DIAS, *Da relevância da culpa...*, cit., p. 23.

A Igreja, conforme mencionado acima, destacou sempre a indissolubilidade do matrimónio. Durante a Idade Média, na luta com o poder secular pela jurisdição em matéria de casamento¹⁸, ela assegurava, progressivamente, o controlo até que obteve vitória, melhor dizendo, reivindicou a competência exclusiva nesta matéria com o Concílio de Reims em 1049 e o Concílio de Tours em 1060. No entanto, foi somente no Concílio de Trento, em 1563, que veio a ser definido um corpo de regras jurídicas sobre o matrimónio e que veio a ser consagrado, de forma definitiva e absoluta, o princípio da indissolubilidade do mesmo¹⁹. Vedando o divórcio, o ordenamento jurídico canónico admite, como escapatórias para determinados casos de crise matrimonial, a separação de leito e de mesa (*divortium quoad torum et mensam*), e uma aplicação ampliada do regime das nulidades do casamento²⁰.

Tendo adquirido as jurisdições eclesiásticas a competência exclusiva nas questões relativas ao casamento, o carácter indissolúvel do matrimónio foi aceite, até ao século XVIII, pelos povos europeus.

2.3. Legislação contemporânea

A reintrodução do divórcio na cultura jurídica europeia foi resultado da Reforma Protestante e da concepção contratualista do matrimónio²¹. Negando a índole sacramental deste, os reformadores protestantes consideraram que o casamento deveria estar sujeito à regulamentação das autoridades civis, mas não à das autoridades religiosas. Acresce que, admitiram, ao mesmo tempo, a possibilidade do divórcio no caso de adultério. A partir daí, começou o processo de alargamento progressivo do divórcio.

Como consequência da secularização do casamento e do seu acolhimento pela Revolução Francesa, a concepção contratualista daquele foi prevista no art. 7 da Constituição

¹⁸ Tendo em conta várias funções sociais significativas que a família desempenhava na época, nomeadamente a de reprodução, a de produção e transmissão dos bens e a de controlo social, quer no interior quer no exterior da família, era natural que tanto as autoridades civis como as autoridades religiosas se preocupassem com a regulamentação jurídica do casamento e da família. Cfr. CAMPOS, DIOGO LEITE DE, *Lições de direito da família...*, cit., p. 33 e ss..

¹⁹ Na verdade, no seio da Igreja, não havia consenso, antes do Concílio de Trento, em relação à abrangência das palavras de Cristo que serviam de base à interdição do divórcio. De acordo com o Evangelho de São Mateus (5:31-33), o divórcio era admitido no caso de adultério da mulher; mas era proibido de forma absoluta no Evangelho de São Marcos (10:2-12). CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES, “Divórcio e casamento na I República...”, cit., p. 51; SANTOS, EDUARDO DOS, *Direito da família*, cit., p. 132.

²⁰ VARELA, ANTUNES, *Direito da família*, cit., p. 455, nota 3.

²¹ COSTA, EVA DIAS, *Da relevância da culpa...*, cit., p. 24; OLIVEIRA, GUILHERME DE, “Um direito da família europeu? (Play it again, and again... Europe!)”, *RLJ*, ano 133, n.º 3913 e 3914, 2000, p. 106.

francesa de 1791, que de seguida se cita: “a lei não considera o casamento senão como um contrato civil”²². A Lei autorisant le divorce de 20 de Setembro de 1792 admitiu assim, apesar do divórcio por mútuo consentimento, o divórcio por incompatibilidade de humor e o divórcio litigioso por causas específicas, como por exemplo a demência, os crimes, sevícias ou injúrias graves, a dissolução evidente de costumes, o abandono do cônjuge durante dois anos, a ausência sem notícias durante cinco anos e a emigração. Não obstante o divórcio ser consagrado de modo mais restritivo no Código Civil de 1804²³ – até suprimido pela Lei Bonald em 1816 e somente restaurado pela Lei Naquet em 1884 – este consolidou-se no ordenamento jurídico francês, de onde irradiou para outros ordenamentos jurídicos europeus, incluindo o português e o espanhol. Focando-se a presente dissertação no divórcio litigioso, a sua evolução legislativa, nestes dois últimos ordenamentos jurídicos referidos, será analisada mais tarde *infra* (4.1. e 5.1.).

3. Os sistemas tradicionais do divórcio

Desde a admissão do divórcio na legislação contemporânea, a concepção acerca deste instituto encontra-se em constante evolução, conforme a perspetiva que a sociedade tem sobre o casamento. Efectivamente, pode-se distinguir, tradicionalmente, na doutrina três sistemas divorcistas: o sistema do divórcio-sanção, o do divórcio-remédio e o do divórcio-constatação da ruptura do casamento²⁴.

3.1. Sistema do divórcio-sanção

O divórcio, no sistema do divórcio-sanção, é concebido como sanção ou castigo contra o comportamento culposos de um dos cônjuges, pressupondo assim um acto ou um procedimento de algum dos cônjuges entendido como culposos pelo legislador²⁵. A ideia subjacente a este sistema do divórcio é a de que o divórcio, embora seja um mal – o bem é uma vida matrimonial pacífica e harmoniosa – é um mal necessário, nas situações em que a

²² SANTOS, EDUARDO DOS, *Direito da família*, cit., p. 133.

²³ O Código de Napoleão tornou mais difícil o divórcio por mútuo consentimento, aboliu o divórcio por incompatibilidade de humor e limitou as causas do divórcio litigioso. VARELA, ANTUNES, *Direito da família*, cit., p. 456.

²⁴ Cfr. DELGADO, ABEL, *O divórcio*, 2.^a ed., Livraria Petrony, Lisboa, 1994, pp. 20-21; CAMPOS, DIOGO LEITE DE, *Lições de direito da família...*, cit., pp. 270-272; COELHO, FRANCISCO MANUEL PEREIRA e OLIVEIRA, GUILHERME DE, *Curso de direito da família*, cit., pp. 717-720.

²⁵ Cfr. PINTO, FERNANDO BRANDÃO FERREIRA, *Causas do divórcio: doutrina, legislação, jurisprudência: Portugal e Brasil*, 3.^a ed., ELCLA, Porto, 1996, p. 24; COELHO, FRANCISCO MANUEL PEREIRA e OLIVEIRA, GUILHERME DE, *Curso de direito da família*, cit., p. 718.

conduta culposa de um dos cônjuges é tão grave que torna insustentável a manutenção da vida conjugal²⁶.

Na verdade, o regime jurídico do divórcio, durante muitos anos, assentou sobre o princípio da culpa²⁷. Sendo o matrimónio considerado como instituição fundamental da sociedade, desempenhando os cônjuges papéis sociais de extrema importância, eles não podiam dispor livremente da sua relação como desejassem, depois de a constituírem²⁸. Desta maneira, o divórcio, se não era proibido, era somente permitido em situações excepcionais nas quais existia uma grave ofensa de um cônjuge contra o outro, o que autorizava o cônjuge inocente a castigar o faltoso com o divórcio e com as sanções de natureza patrimonial, que a lei estabelecia para este cônjuge faltoso²⁹.

Isto é, o conceito de sanção refletia-se não apenas na legitimidade para a instauração da acção de divórcio – só o cônjuge inocente tinha a legitimidade para tal, estando a aplicação do divórcio como sanção pendente da formulação da solicitação de dissolução do casamento por parte dele –, mas também no plano das consequências (de natureza patrimonial em geral) que o divórcio acarretava para o cônjuge considerado culpado^{30 31}.

Ora, não faltam críticas ao sistema do divórcio-sanção. Na opinião de PEREIRA COELHO³², o entendimento do divórcio como sanção afigura-se ferido de inconsistência legislativa e pode ter um efeito perverso. Sendo o divórcio, de facto, visto como um mal em si mesmo, parece pouco razoável que o legislador escolha esse mal para sancionar o cônjuge culpado, quando poderia recorrer facilmente a outro tipo de sanções, designadamente de cariz patrimonial e pessoal. Além disso, o cônjuge faltoso pode ser exactamente aquele que

²⁶ COSTA, EVA DIAS, *Da relevância da culpa...*, cit., p. 32.

²⁷ VARELA, ANTUNES, *Direito da família*, cit., p. 464.

²⁸ Como considera FIDÉLIA PROENÇA DE CARVALHO, o sistema do divórcio-sanção tem na sua base a concepção do matrimónio como um contrato de natureza marcadamente mercantil. A vontade dos próprios nubentes era irrelevante e alheia ao casamento, pois este, servindo para a conservação ou preferencialmente, para o aumento do património familiar, era arranjado pelas famílias dos nubentes. CARVALHO, FIDÉLIA PROENÇA DE, *A filosofia da ruptura conjugal: notas para um divórcio sem culpa*, Pedro Ferreira, Lisboa, 2002, p. 95 e ss..

²⁹ CAMPOS, DIOGO LEITE DE, *Lições de direito da família...*, cit., p. 270.

³⁰ VARELA, ANTUNES, *Direito da família*, cit., pp. 464-465.

³¹ Importa destacar, ainda, que neste sistema divorcista, uma parte importante das violações dos deveres conjugais constituíam crimes, estando o cônjuge culpado, nesses casos, sujeito à sanção penal, para além da sanção do divórcio e das consequências patrimoniais negativas associadas a este. CARVALHO, FIDÉLIA PROENÇA DE, *A filosofia da ruptura...*, cit., pp. 96-97.

³² COELHO, FRANCISCO MANUEL PEREIRA e OLIVEIRA, GUILHERME DE, *Curso de direito da família*, cit., p. 718.

mais quer o divórcio, perdendo neste caso o divórcio todo o seu efeito sancionatório e até se torna um prémio, um troféu para o cônjuge faltoso.

FIDÉLIA PROENÇA DE CARVALHO³³ também critica a concepção sancionatória do divórcio. Considerando o cônjuge culposo como o responsável pelo fracasso do casamento – a vida conjugal seria feliz e harmoniosa caso ele não tivesse cometido grave ofensa que impossibilita a continuação desta – e, portanto, merecedor de sanção, o sistema do divórcio-sanção é, nas palavras da autora, eivado de revanchismo. O objectivo do divórcio não pode ser a pura censura do cônjuge culpado, mas antes a dissolução de um casamento que não está apto a prosseguir as suas finalidades.

Com efeito, com a passagem dos tempos, a ideia de se aferir a viabilidade da manutenção da relação conjugal pela culpa fica ultrapassada, ou seja, face à nova concepção do casamento, as noções de culpa e de sanção encontram-se cada vez mais injustificadas. O casamento só perdura, de modo saudável, enquanto ambos os cônjuges têm fé na viabilidade da relação, sendo incompreensível falar de “culpa” se se tiver deixado de ter interesse na continuação da relação, já que dificilmente se pode imputar a correspondente responsabilidade a um dos cônjuges em exclusivo³⁴.

Tratando os cônjuges como adultos responsáveis, deve-se atribuir a faculdade de requerer o divórcio ao cônjuge que considere impossível a manutenção do vínculo, sem obrigá-lo a expor publicamente os seus pecados privados.

Aliás, subjacente a este sistema do divórcio existe uma ideia eminentemente bélica, sendo o conceito de culpa e castigo os responsáveis pela ocorrência de batalhas judiciais entre os cônjuges, batalhas sem vencedor nem vencido, dado que ambos os cônjuges perdem – tempo, dinheiro, respeito e, sobretudo, as boas memórias que guardavam um do outro. Para além de frustrar as expectativas dos próprios cônjuges, o agravamento de tensão no processo judicial acaba por afectar negativamente os filhos, sendo estes as principais vítimas dos conflitos entre os pais.

³³ CARVALHO, FIDÉLIA PROENÇA DE, *A filosofia da ruptura...*, cit., p. 95 e ss. e “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*, FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE COIMBRA (org.), vol. I (Direito da família e das sucessões), Coimbra Editora, Coimbra, 2004, p. 586 e ss..

³⁴ Na mesma linha de pensamento, pergunta PATRÍCIA ROCHA: “*Fará algum sentido falar-se em culpa? Culpa de quê? De se ter perdido o interesse na relação matrimonial? Se culpa há, ou é dos dois ou é muito provavelmente da vida, isto é, de ninguém.*” ROCHA, PATRÍCIA, “O divórcio sem culpa”, in *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977*, FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE COIMBRA (org.), vol. I (Direito da família e das sucessões), Coimbra Editora, Coimbra, 2004, p. 583.

Mesmo que não cause drama, a concepção do divórcio-sanção pode dar origem a uma “comédia ridícula”, onde os cônjuges arquitectam uma estratégia comum para obterem o divórcio que de outra forma o legislador lhes não faculta, como por exemplo, no caso em que não se permite o divórcio por mútuo consentimento³⁵.

3.2. Sistema do divórcio-remédio

Como reflexo das críticas apontadas à consagração do divórcio-sanção e da mudança das mentalidades, começaram a admitir-se, progressivamente, situações em que o casamento deixou de ser capaz de realizar os seus objectivos, independentemente da culpa dos cônjuges. Essas situações incluíam, a título de exemplo, a loucura insanável, a ausência sem notícias e a doença contagiosa impeditiva da vida conjugal normal³⁶.

O divórcio, neste sistema divorcista, é ainda julgado como um mal, contudo, um mal necessário enquanto última solução e terapêutica jurídica para uma crise matrimonial na qual não há que constatar culpas, mas apenas a impossibilidade de manutenção do vínculo conjugal, podendo o cônjuge inocente requerer a dissolução do vínculo independentemente da culpa do outro cônjuge³⁷.

Desta maneira, o divórcio-remédio pressupõe somente uma situação de crise matrimonial, um estado de vida em comum intolerável³⁸, entendendo-se carecidas do divórcio-remédio, tanto situações nas quais a crise matrimonial se origina na culpa de um dos cônjuges, como nas situações em que a vida em comum se tenha tornado insuportável por causas meramente objectivas. De qualquer forma, importa realçar que mesmo no primeiro tipo de situações, o divórcio não visará sancionar o cônjuge culpado, mas sim remediar uma crise conjugal intolerável, objectivamente considerada, e tendente a libertar o cônjuge inocente dessa crise.

É neste contexto que se permite ao cônjuge inocente solicitar o divórcio nos casos em que a vida conjugal se torna insuportável, quer por causa de comportamento culposos do outro cônjuge quer por causa de factos relacionados com o outro cônjuge. Convém sublinhar, mais uma vez, que não se exige que a situação da crise matrimonial seja imputável, a título de

³⁵ Para maiores desenvolvimentos, ver VARELA, ANTUNES, *Direito da família*, cit., pp. 465-466.

³⁶ CAMPOS, DIOGO LEITE DE, *Lições de direito da família...*, cit., p. 270; CARVALHO, FIDÉLIA PROENÇA DE, *A filosofia da ruptura...*, cit., p. 110.

³⁷ COSTA, EVA DIAS, *Da relevância da culpa...*, cit., p. 34.

³⁸ COELHO, FRANCISCO MANUEL PEREIRA e OLIVEIRA, GUILHERME DE, *Curso de direito da família*, cit., p. 718; PINTO, FERNANDO BRANDÃO FERREIRA, *Causas do divórcio...*, cit., p. 24.

culpa, ao outro cônjuge, pois o divórcio, na concepção do divórcio-remédio, destina-se a proteger o cônjuge inocente, mas não castigar o cônjuge culpado, ainda que este exista³⁹.

3.3. Sistema do divórcio-constatação da ruptura

O mais recente sistema do divórcio-constatação da ruptura vai para além do sistema tradicional do divórcio-remédio, não se tratando apenas nem essencialmente da conduta ou do facto ligado à pessoa do outro cônjuge, porém de uma situação de ruptura que se deve a qualquer um dos cônjuges, mesmo que em maior grau ao cônjuge autor⁴⁰.

Tendo na base deste sistema divorcista a concepção do casamento como um instrumento da felicidade dos cônjuges, qualquer um dos cônjuges que considere impossível obter essa felicidade dentro da relação terá legitimidade para requerer a dissolução da mesma, ainda que a responsabilidade pelo fracasso do casamento possa ser imputada, a título exclusivo, ao cônjuge que o requer⁴¹. Neste sentido, o fundamental é que se verifique uma situação de ruptura matrimonial objectivamente considerada, ruptura que o divórcio deve, mera e simplesmente, constatar⁴².

Efectivamente, a noção de ruptura do casamento assume significados diferentes. Sendo de enunciação delicada, não é sempre definida precisamente, mas pode estar implícita em causas determinadas, objectivas – na maioria das vezes, a existência de ruptura matrimonial é presumida *iuris et de iure* por um período mais ou menos prolongado de separação de facto⁴³.

Contudo, concebe-se no modelo puro do divórcio-constatação da ruptura que a vontade manifestada por ambos, ou até por apenas um dos cônjuges, no sentido de pôr termo à relação conjugal indicaria de modo suficiente a existência de uma situação de ruptura, pelo que a ambos os cônjuges ou a qualquer um deles deveria ser permitido requerer o divórcio sem quaisquer condicionamentos ou limitações. O divórcio seria concedido onde quer que houvesse uma situação de ruptura conjugal, revelada pela manifestação de vontade de ambos ou de um dos cônjuges, não sendo necessária, como é evidente, qualquer ponderação e apreciação de culpa. Nota-se que a consagração deste sistema puro do divórcio-constatação

³⁹ COELHO, FRANCISCO MANUEL PEREIRA e OLIVEIRA, GUILHERME DE, *Curso de direito da família*, cit., p. 719.

⁴⁰ COELHO, FRANCISCO MANUEL PEREIRA e OLIVEIRA, GUILHERME DE, *Curso de direito da família*, cit., p. 719.

⁴¹ CAMPOS, DIOGO LEITE DE, *Lições de direito da família...*, cit., p. 271.

⁴² COELHO, FRANCISCO MANUEL PEREIRA e OLIVEIRA, GUILHERME DE, *Curso de direito da família*, cit., p. 719.

⁴³ COSTA, EVA DIAS, *Da relevância da culpa...*, cit., p. 36.

da ruptura não existe em nenhuma legislação ⁴⁴, razão pela qual entendemos ser indispensável a discussão sobre as causas do divórcio, isto é, a discussão de saber se as limitações existentes ao direito de requerer o divórcio se manterão, como mencionamos *supra* (1.).

4. Esboço do regime jurídico do divórcio litigioso em Portugal

4.1. Evolução legislativa do regime

Centrando a nossa atenção no divórcio litigioso, parece-nos útil fazer uma breve descrição da evolução legislativa do regime jurídico deste, antes de expormos as causas com base nas quais se pode solicitar, actualmente, o divórcio litigioso e analisarmos a concepção do divórcio que o ordenamento jurídico português acolhe.

4.1.1. A Lei do Divórcio de 1910

O divórcio foi introduzido no ordenamento jurídico português, pouco após a implantação da República, com o Decreto de 3 de Novembro de 1910, vulgarmente conhecido como Lei do Divórcio⁴⁵.

Antes da entrada em vigor deste Decreto, o casamento, no Código Civil de 1867, era visto como um contrato perpétuo, dissolúvel só pela morte dos cônjuges (art. 1056.º). Não admitindo a dissolução do casamento pelo divórcio, o Código de 1867 consagrava unicamente a possibilidade de interromper a sociedade conjugal pela separação judicial de pessoas e bens (arts. 1203.º e ss.)^{46 47}.

⁴⁴ COELHO, FRANCISCO MANUEL PEREIRA e OLIVEIRA, GUILHERME DE, *Curso de direito da família*, cit., p. 682.

⁴⁵ Cfr. COELHO, FRANCISCO MANUEL PEREIRA e OLIVEIRA, GUILHERME DE, *Curso de direito da família*, cit., pp. 684-685; GERSÃO, ELIANA, “Sociedade e divórcio: consideração à volta da evolução da legislação do divórcio”, in *Estudos em homenagem ao prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, ANDRADE, MANUEL DA COSTA, ANTUNES, MARIA JOÃO e SOUSA, SUSANA AIRES DE (org.), Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 332-333; PINHEIRO, JORGE DUARTE, *O direito da família contemporâneo*, 3.ª ed., AAFDL, Lisboa, 2011, p. 495; ROCHA, PATRÍCIA, “O divórcio sem culpa”, cit., pp. 563-564.

⁴⁶ Eram causas da separação de pessoas e bens, de acordo com o art. 1204.º:

“1.º O adultério da mulher;

2.º O adultério do marido com escândalo público, ou completo desamparo da mulher, ou com concubina teúda e manteúda no domicílio conjugal;

3.º A condenação do cônjuge a pena perpétua;

4.º As sevícias e injúrias graves.”

⁴⁷ Era indispensável, aliás, a obtenção de autorização do conselho de família, composto de seis parentes dos cônjuges (três de cada lado) e do MP, tendo este apenas voto consultivo (arts. 1206.º e 1207.º).

Foi com a Lei do Divórcio de 1910 que começou a mudança. Sendo esta uma das leis mais inovadoras da Europa daquela época, admitia-se a dissolução do casamento tanto pelo divórcio por mútuo consentimento como pelo divórcio litigioso. No que se refere ao divórcio litigioso, é de enfatizar que ele podia ser requerido não só com base em causas subjectivas e culposas – incluindo adultério, sevícias ou injúrias graves, abandono do domicílio conjugal – , mas também com base em causas objectivas e não culposas – incluindo a ausência prolongada sem notícias, loucura incurável, separação de facto livremente consentida⁴⁸, doença incurável (art. 4.º).

A lei não estabelecia qualquer idade mínima dos cônjuges nem exigia qualquer duração mínima do casamento para a solicitação do divórcio litigioso, o que significava que ele podia ser solicitado a todo o tempo, sem ter decorrido um certo período de duração do matrimónio ou qualquer prévia separação do casal. Note-se, todavia, que a verificação de determinadas causas, com base nas quais se podia pedir o divórcio litigioso, requeria naturalmente o decurso de uma determinada duração de tempo após a celebração do casamento^{49 50}.

Como ensina PEREIRA COELHO⁵¹, a Lei do Divórcio de 1910 previa já o sistema do divórcio-remédio ou, como a doutrina mais recente veio a distinguir, o sistema do divórcio-constatação da ruptura do casamento.

4.1.2. A Concordata entre Portugal e a Santa Sé de 1940

Em 7 de Maio de 1940, foi assinada a Concordata entre Portugal e a Santa Sé, segundo a qual era vedada a possibilidade de divórcio aos cônjuges que, após 1 de Agosto

⁴⁸ A interpretação da expressão “livremente consentida” suscitou viva controvérsia na época, entendendo vários autores e a corrente jurisprudencial dominante que a separação só era “livremente consentida” no caso de ter sido acordada entre os cônjuges. Apesar disso, PEREIRA COELHO defendeu que era possível considerar uma separação como “livremente consentida” também nas situações em que esta foi determinada pelo comportamento (por exemplo, abandono) de um dos cônjuges, porém aceite pelo outro, visto que o casamento, nessas situações, já estava de facto destruído. Para maiores desenvolvimentos, ver CID, NUNO DE SALTER, “Sobre a separação de facto como fundamento do divórcio, e algo mais”, in *Textos de direito da família para Francisco Pereira Coelho*, OLIVEIRA, GUILHERME DE (coord.), Imprensa da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2016, pp. 38-39; COELHO, FRANCISCO MANUEL PEREIRA, *Curso de direito da família*, 1.ª ed., Atlântida, Coimbra, 1965, p. 498, citado por GERSÃO, ELIANA, “Sociedade e divórcio...”, cit., p. 333, nota 8.

⁴⁹ Refere-se aqui aos casos em que se solicitava o divórcio litigioso com base no abandono do domicílio conjugal por tempo não inferior a três anos, na ausência sem notícias por tempo não inferior a quatro anos ou na separação de facto por dez anos consecutivos.

⁵⁰ 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, 2005, pp. 7-8.

⁵¹ COELHO, FRANCISCO MANUEL PEREIRA e OLIVEIRA, GUILHERME DE, *Curso de direito da família*, cit., p. 685.

de 1940, celebrassem casamento católico⁵². Tal solução fundamentava-se na presunção de que os cônjuges, optando pela celebração do casamento católico, renunciavam à faculdade civil de solicitar o divórcio (art. XXIV)⁵³.

Deste modo, não obstante verificar-se a dissolução por divórcio dos casamentos civis, que continuou a ser permitida de acordo com os termos da Lei do Divórcio de 1910, o regime do divórcio, na realidade, foi deixado sem alcance prático, tornando-se apenas uma miragem, tendo em conta que a esmagadora maioria dos cônjuges (aproximadamente 90%) na época celebrou casamento católico⁵⁴.

4.1.3. O Código Civil de 1966

Mantendo o regime concordatário, a versão originária do Código Civil de 1966 consagrava a proibição da dissolução por divórcio dos casamentos católicos celebrados a partir de 1 de Agosto de 1940 (art. 1790.º). Em relação aos casamentos civis, a fim de dificultar e restringir o divórcio, eliminaram-se todas as causas do divórcio litigioso objectivas que a Lei do Divórcio de 1910 tinha admitido, prevendo-se, assim, o sistema puro do divórcio-sanção^{55 56 57}.

⁵² Foi com o Decreto n.º 30615 de 25 de Julho de 1940 que a Concordata foi acolhida como Direito interno.

⁵³ MANUEL DE ANDRADE criticou logo, em 1944, a solução da Concordata, considerando inadmissível a renúncia antecipada a um direito de natureza pessoal tão importante, tanto mais que era possível os cônjuges, licitamente, mudarem de convicção religiosa depois de terem casado catolicamente. Além disso, a razão que se deveria invocar para justificar a proibição do divórcio não poderia ser o respeito pelas convicções religiosas dos nubentes, mas o entendimento do legislador de que o instituto do divórcio era socialmente nefasto, ou seja, contrário à santidade do casamento. Nesta lógica, o divórcio não deveria ser vedado só para os casamentos católicos, porém para todos os casamentos. COELHO, FRANCISCO MANUEL PEREIRA, “Casamento e divórcio no ensino de Manuel de Andrade e na legislação actual”, in *Boletim da Faculdade de Direito*, vol. 77, Coimbra, 2001, p. 16.

⁵⁴ PINHEIRO, JORGE DUARTE, “Perspectivas de evolução do Direito da Família em Portugal”, in *Textos de direito da família para Francisco Pereira Coelho*, OLIVEIRA, GUILHERME DE (coord.), Imprensa da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2016, p. 351 e *O direito da família contemporâneo*, cit., p. 496.

⁵⁵ COELHO, FRANCISCO MANUEL PEREIRA e OLIVEIRA, GUILHERME DE, *Curso de direito da família*, cit., p. 686.

⁵⁶ Segundo os arts. 1792.º e 1778.º, constituíam causa do divórcio litigioso:

“a) Adulterio do outro cônjuge;

b) Práticas anticoncepcionais ou de aberração sexual exercidas contra a vontade do requerente;

c) Condenação definitiva do outro cônjuge, por crime doloso, em pena de prisão superior a dois anos, seja qual for a natureza desta;

d) Condenação definitiva pelo crime de lenocínio praticado contra descendente ou irmã do requerente, ou por homicídio doloso, ainda que não consumado, contra o requerente ou qualquer parente deste na linha recta ou até ao terceiro grau da linha colateral;

e) Vida e costumes desonrosos do outro cônjuge;

f) Abandono completo do lar conjugal por parte do outro cônjuge, por tempo superior a três anos;

g) Qualquer outro facto que ofenda gravemente a integridade física ou moral do requerente.”

⁵⁷ O Código Civil de 1966 consagrava ainda a possibilidade de o juiz decidir contra a solicitação de divórcio e decretar a separação judicial de pessoas e bens, ainda que esta última não tivesse sido solicitada, caso entendesse que era aconselhável a não dissolução do casamento, em face às circunstâncias do caso concreto

A queda da ditadura, operada pela Revolução dos Cravos, teve repercussões intensas e importantes no regime jurídico do divórcio. Em 15 de fevereiro de 1975, foi celebrado o Protocolo Adicional à Concordata entre Portugal e a Santa Sé de 1940 que alterou a redacção do art. XXIV da Concordata e permitiu às pessoas casadas catolicamente a faculdade civil de pedir o divórcio⁵⁸. Na sequência do Protocolo, o art. 1790.º do Código Civil de 1966 foi revogado pelo Decreto-Lei n.º 261/75 de 27 de Maio, sendo o divórcio permitido, daí em diante, tanto para os casamentos civis como para os casamentos católicos⁵⁹.

Para além de voltar a admitir o divórcio para os casamentos católicos, o Decreto-Lei n.º 261/75 acrescentou um novo fundamento do divórcio litigioso – o decaimento em ação de divórcio em que tivessem sido feitas imputações ofensivas da honra e dignidade do outro cônjuge (art. 1778.º, n.º 1, g)) – e reintroduziu no ordenamento jurídico português uma causa do divórcio litigioso já admitida na Lei do Divórcio de 1910 – a separação de facto, livremente consentida – reduzindo, porém, o prazo de separação requerido de dez para cinco anos (art. 1778.º, n.º 1, h)), prazo que viria a ser ampliado para seis anos, mais tarde, pelo Decreto-Lei n.º 561/76 de 17 de Julho. Este último diploma eliminou, em simultâneo, o requisito da separação de facto ser livremente consentida.

4.1.4. A Reforma de 1977

O Decreto-Lei n.º 496/77 de 25 de Novembro, necessário por força da nova Constituição que entrou em vigor em 1976, operou uma reforma ampla no Direito da Família⁶⁰, modificando também o regime jurídico do divórcio, regime que vigoraria por mais de 30 anos em Portugal. Relativamente ao divórcio litigioso, a Reforma consagrou uma relevante inovação – em vez de tipificar as causas do divórcio numa lista, usou a técnica legislativa de defini-las numa cláusula geral por referência aos deveres conjugais, prevendo, deste modo, em artigos diferentes as causas subjectivas e objectivas do divórcio (arts. 1779.º

(art. 1794.º).

⁵⁸ No entanto, a Santa Sé reafirmou no Protocolo a doutrina da indissolubilidade do matrimónio da Igreja Católica e o dever – apesar de ser apenas um dever de consciência – que incumbe aos cônjuges casados catolicamente de não exercerem a faculdade civil de pedir o divórcio. Importa destacar ainda que a Concordata entre Portugal e a Santa Sé de 2004 manteve no seu art. 15.º a redacção do art. XXIV dada pelo Protocolo Adicional de 1975.

⁵⁹ O Decreto revogou também o art. 1794.º do Código Civil de 1966 que permitia ao Tribunal decretar a separação judicial, não obstante ter sido requerido o divórcio, coadunando-se assim com a regra geral do processo civil e respeitando melhor a autonomia dos cônjuges. OLIVEIRA, GUILHERME DE, “O regime do divórcio...”, cit., p. 8.

⁶⁰ Com a Reforma de 1977, vários preceitos do Direito da Família foram ajustados ao princípio da igualdade entre os cônjuges imposto pela nova Constituição.

e 1781.º respectivamente). Além disso, ressuscitou a alteração das faculdades mentais e a ausência sem notícias como causas objectivas do divórcio litigioso e consagrou, pela primeira vez, a possibilidade do juiz recusar oficiosamente o divórcio solicitado com fundamento na alteração das faculdades mentais, quando entendesse que o divórcio agravaria, de maneira considerável, o estado mental do cônjuge réu (art. 1784.º)⁶¹.

O sistema divorcista que a Reforma de 1977 previa era um sistema híbrido, sendo possível distinguir as causas do divórcio sanção – a violação culposa dos deveres conjugais –, as causas do divórcio-remédio – a alteração das faculdades mentais e a ausência sem notícias –, e as causas do divórcio-constatação da ruptura do casamento – a separação de facto⁶².

Após a Reforma de 1977, verificaram-se várias alterações legislativas⁶³ em matéria do divórcio, entre as quais consideramos fundamental destacar a Lei n.º 47/98 de 10 de Agosto. Com o propósito de facilitar o divórcio, este diploma encurtou os prazos estabelecidos para o divórcio litigioso por causas objectivas – o prazo da separação de facto passou a ser de três anos (o prazo da separação de facto requerido veio a ser de um ano no caso de o divórcio litigioso ser pedido sem oposição do outro cônjuge⁶⁴), o prazo da alteração das faculdades mentais passou também a ser de três anos e o prazo da ausência sem notícias

⁶¹ Para além das mudanças a nível substancial referidas, a Reforma de 1977 operou, em matéria do divórcio, duas importantes modificações de ordem sistemática. Em primeiro lugar, definiu uma regulamentação completa para o divórcio e regulou a matéria da separação de pessoas e bens por remissão à regulamentação do divórcio. Em segundo lugar, fez a regulamentação do divórcio por mútuo consentimento preceder a do divórcio litigioso, mostrando, de certa forma, a preferência do legislador pela do divórcio por mútuo consentimento. COELHO, FRANCISCO MANUEL PEREIRA e OLIVEIRA, GUILHERME DE, *Curso de direito da família*, cit., pp. 687-688.

⁶² Cfr. CAMPOS, DIOGO LEITE DE, *Lições de direito da família...*, cit., pp. 147-149; VARELA, ANTUNES, *Direito da família*, cit., pp. 469-470.

⁶³ Para maiores desenvolvimentos, ver HÖRSTER, HEINRICH EWALD, “Evoluções legislativas no Direito da Família depois da Reforma de 1977”, in *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977*, FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE COIMBRA (org.), vol. I (Direito da família e das sucessões), Coimbra Editora, Coimbra, 2004.

⁶⁴ Esta consagração foi alvo de crítica doutrinal, havendo quem não entendesse este curtíssimo prazo de um ano, tendo em conta a facilitação do divórcio por mútuo consentimento – a Lei n.º 47/98, ao suprimir o requisito de duração mínima do casamento para a solicitação do divórcio por mútuo consentimento, permitia que este fosse pedido a todo o tempo. Também no sentido crítico, PEREIRA COELHO e GUILHERME DE OLIVEIRA recordaram que os cônjuges podiam divorciar-se por mútuo consentimento só quando tivessem acordado sobre a prestação de alimentos, o exercício do poder paternal e o destino da casa de morada da família (art. 1775.º). Contudo, na realidade, permitia-se aos cônjuges que se encontrassem separados de facto por um ano divorciarem-se, ainda que não tivessem alcançado acordo sobre esses assuntos, desde que um deles intentasse uma acção de divórcio litigioso com base em separação de facto e o outro não se opusesse à acção. PATRÍCIA ROCHA, por sua parte, considerou esta consagração como saída para as situações em que os cônjuges não conseguissem alcançar acordo sobre os assuntos mencionados e, portanto, não pudessem recorrer ao divórcio por mútuo consentimento. COELHO, FRANCISCO MANUEL PEREIRA e OLIVEIRA, GUILHERME DE, *Curso de direito da família*, cit., pp. 729-730; ROCHA, PATRÍCIA, “O divórcio sem culpa”, cit., p. 580.

passou a ser de dois anos (art. 1781.º). O diploma revogou ainda o art. 1784.º *supra* mencionado.

4.1.5. A Lei n.º 61/2008

A regulamentação actual do divórcio deve-se à Lei n.º 61/2008 de 31 de Outubro, que altera substancial e profundamente o regime do divórcio litigioso (hoje denominado como divórcio sem consentimento de um dos cônjuges). Estas alterações serão analisadas na secção seguinte.

4.2. O regime actual do divórcio sem consentimento de um dos cônjuges, introduzido pela Lei n.º 61/2008

4.2.1. Ideologia inspiradora do regime, segundo a Exposição de motivos do Projecto de Lei n.º 509/X⁶⁵

A fim de entendermos melhor as alterações introduzidas pela Lei n.º 61/2008 no regime jurídico do divórcio litigioso (denominação antiga), é essencial uma análise da ideologia que lhe subjaz através da Exposição de motivos do Projecto de Lei n.º 509/X.

Na perspectiva do projecto, enquanto que a Lei do Divórcio de 1910 representa um avanço pioneiro da legislação em matéria do divórcio, as modificações decorrentes da Concordata com a Santa Sé de 1940 e as ocorridas até 1975 constituem recuos inconciliáveis com a modernidade, modernidade que, nas palavras do projecto, “*assenta na ideia transformadora da capacidade de cada indivíduo e na procura da realização pessoal*”⁶⁶ e significa, no plano do matrimónio, a “*valorização das relações afectivas em detrimento das imposições institucionais*”⁶⁷ e a valorização do bem-estar individual, como condição imprescindível para o bem-estar colectivo, o bem-estar familiar. A despeito do reencontro da modernidade com o Decreto-Lei n.º 261/75, a Reforma de 1977 e várias leis posteriores,

⁶⁵ Disponível em www.parlamento.pt. Cfr. também COSTA, EVA DIAS, “A eliminação do divórcio litigioso por violação culposa dos deveres conjugais”, in *E foram felizes para sempre ...? Uma análise crítica do novo regime jurídico do divórcio*, SOTTOMAYOR, MARIA CLARA e ALMEIDA, MARIA TERESA FÉRIA DE (coord.), Wolters Kluwer Portugal- Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 65-69; DIAS, CRISTINA M. ARAÚJO, *Uma análise do novo regime jurídico do divórcio*, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2009, pp. 11-15; XAVIER, RITA LOBO, *Recentes alterações ao regime jurídico do divórcio e das responsabilidades parentais*, Coimbra Editora, Coimbra, 2009, pp. 2-3.

⁶⁶ Projecto de Lei n.º 509/X.

⁶⁷ Projecto de Lei n.º 509/X.

o projecto entende ser necessário impor, tal como em outros países da União Europeia⁶⁸, uma reforma vasta no regime do divórcio, adequando a legislação divorcista às realidades da sociedade moderna.

Os fundamentos da relação conjugal na sociedade moderna, como refere o projecto, são a liberdade de escolha, a igualdade entre os cônjuges, a afectividade no centro da conjugalidade, a plena comunhão de vida e o apoio mútuo e cooperação. Com a liberdade de escolha quer se dizer que ninguém deve manter-se casado contra a sua vontade ou quando considerar que se verificou uma quebra do laço afectivo. Desta maneira, o projecto realça que a mera invocação da ruptura da vida em comum⁶⁹ deve ser fundamento perfeitamente suficiente para a concessão do divórcio, mesmo que sem o consentimento do outro cônjuge, e considera adequadas a eliminação da culpa como causa do divórcio (sem consentimento do outro cônjuge) e o alargamento das causas objectivas da ruptura da vida conjugal.

Para fundamentar o seu ponto de vista, o projecto faz ainda referência a três grandes movimentos que se sucederam no século XX na sociedade portuguesa – sentimentalização, individualização e secularização.

Em relação à sentimentalização, conclui-se da análise das práticas da vida matrimonial e familiar que são os afectos que estão no centro da relação conjugal, isto é, apesar da existência de diversas dimensões da vida conjugal, como por exemplo a contratual, a patrimonial e a económica, é a dimensão afectiva que constitui o núcleo central e fundador da conjugalidade. Sendo a dimensão afectiva determinante para o bem-estar individual, tolera-se dificilmente o casamento que provoca mal-estar. Daí que o legislador julgue importante evitar que o processo de divórcio, o qual já implica por si sofrimento psicológico, se transforme num litígio persistente, com valoração de culpas, sempre difícil ou mesmo impossível de efectuar.

Quanto à individualização, o projecto menciona que ela corresponde à afirmação dos direitos individuais de cada um dos membros da família e à tendência da valorização dos indivíduos e da sua realização pessoal em detrimento da instituição tradicional do

⁶⁸ É verdade que a maioria dos ordenamentos jurídicos europeus, conforme a análise realizada pela Commission on European Family Law, evoluiu no sentido do afastamento da culpa como fundamento do divórcio. Ver BOELE-WOELKI, KATARINA et al., *Principles of European family law regarding divorce and maintenance between former spouses*, Intersentia, Oxford, 2004, p. 51 e ss..

⁶⁹ Sendo a ruptura da vida em comum um conceito indeterminado, é natural que nasça tanto na doutrina como na jurisprudência portuguesa a questão de saber quais os factos que demonstram a existência dela, questão que será melhor abordada *infra* (4.2.3.4.).

casamento. Não obstante se verificar uma maior ocorrência do divórcio, ela, na interpretação do projecto, não indica necessariamente a desvalorização do casamento em geral, mas antes a falência de uma relação matrimonial específica. Neste sentido, é pouco razoável impedir os cônjuges de concretizarem outros projectos de vida, colocando-se obstáculos ao divórcio no caso de ele constituir vontade expressa de um dos cônjuges.

Por sua parte, a secularização refere-se à retracção das referências religiosas para esferas mais privadas, tendo a religião menos reflexos em outros aspectos da vida.

A título de conclusão, levando em consideração as transformações sociais e económicas ocorridas no último século, nomeadamente o aumento das classes médias e a entrada das mulheres para o mercado de trabalho e a mudança do modo de encarar o matrimónio, o projecto entende ser conveniente, nas situações da ruptura conjugal, “*retirar a carga estigmatizadora e punitiva que uma lógica de identificação da culpa só pode agravar*”⁷⁰ e assentar o divórcio litigioso (denominação antiga) em causas objectivas⁷¹.

4.2.2. As principais mudanças operadas no regime do divórcio litigioso (denominação antiga)

4.2.2.1. Alteração de terminologia

Com a finalidade de desdramatizar o divórcio e de não agravar os conflitos entre os cônjuges no processo, a Lei n.º 61/2008 afasta a designação antiga de “divórcio litigioso” e substitui-a pela nova denominação de “divórcio sem consentimento de um dos cônjuges”. Apesar da mudança terminológica, o “divórcio sem consentimento de um dos cônjuges” não é nada mais nada menos do que o antigo “divórcio litigioso”, baseado em causas objectivas, ou seja, na ruptura da vida em comum, não sendo as características da acção alteradas. De facto, o “divórcio sem consentimento de um dos cônjuges” continua a constituir um divórcio

⁷⁰ Projecto de Lei n.º 509/X.

⁷¹ O Projecto de Lei foi aprovado pela Assembleia da República sob o Decreto da AR n.º 232/X, que veio a ser vetado e devolvido à AR pelo Presidente da República na preocupação de consequências negativas que poderia causar, designadamente a desprotecção do cônjuge mais fraco (muitas vezes, a mulher) e dos filhos menores. A AR, porém, depois de introduzir pequenas alterações ao diploma, aprovou o seu texto final sob o Decreto n.º 245/X, o qual o Presidente da República, a despeito de reservas fortes que tinha, se viu obrigado a promulgar e deu origem à Lei n.º 61/2008. Ver a mensagem que o Presidente da República divulgou à AR em 20 de Agosto de 2008, ao pedir a reapreciação do Decreto n.º 232/X, e a mensagem que o Presidente divulgou à AR em 22 de Outubro de 2008, ao promulgar a Lei n.º 61/2008, ambas disponíveis em anibalcavacosilva.arquivo.presidencia.pt.

contencioso, tratando-se de um divórcio solicitado por um cônjuge contra o outro, no Tribunal (art. 1773.º, n.º 3 do CCp)⁷².

4.2.2.2. Eliminação da culpa tanto nas causas como nos efeitos do divórcio

Na mesma lógica de desdramatização do divórcio, a Lei n.º 61/2008 elimina a culpa como fundamento do divórcio sem consentimento de um dos cônjuges. Desta maneira, suprime-se o divórcio fundado na violação culposa dos deveres conjugais, ou seja, desaparece o divórcio baseado em causas subjectivas (antigo art. 1779.º do CCp)⁷³.

Por outro lado, a despeito de manter as antigas causas objectivas – a separação de facto, a alteração das faculdades mentais e a ausência sem notícias –, a Lei de 2008 abrevia os seus prazos para um ano (art. 1781.º, a) – c) do CCp)⁷⁴. Adiciona ainda uma cláusula geral ao elenco das causas objectivas, atribuindo relevo a outros factos susceptíveis de demonstrar claramente a ruptura definitiva do casamento, independentemente da culpa e do decurso de qualquer prazo (art. 1781.º, d) do CCp).

Sendo manifesto que o divórcio sem consentimento de um dos cônjuges pode ser fundado, depois da reforma de 2008, apenas na ruptura do casamento, é possível afirmar que se abandona a concepção clássica do divórcio-sanção, sendo seguido o caminho do divórcio-constatação da ruptura do casamento, como veremos mais adiante.

Hoje, no processo de divórcio, o juiz jamais procura determinar e graduar a culpa, deixando de ser necessária a declaração de culpa dos cônjuges para a determinação das consequências patrimoniais do divórcio (antigo art. 1787.º do CC). Efectivamente, a culpa é afastada não só no plano das causas do divórcio, mas também no plano dos efeitos do divórcio. Eliminando as sanções patrimoniais acessórias estabelecidas anteriormente para o cônjuge considerado único ou principal culpado⁷⁵, a presente lei regula os efeitos

⁷² OLIVEIRA, GUILHERME DE, “A nova lei do divórcio”, *Lex Familiae, Revista Portuguesa de Direito da Família*, ano 7, n.º 13, Centro de Direito da Família/ Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 12-13; COLAÇO, AMADEU, *Novo regime do divórcio*, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2009, p. 60.

⁷³ Como corolário da abolição do divórcio fundado na violação culposa dos deveres conjugais, deixam de existir a figura da exclusão do direito de solicitar o divórcio (antigo art. 1780.º do CCp) e o prazo de caducidade de dois anos deste direito (antigo art. 1786.º do CCp). Para uma exposição destas duas figuras, ver DELGADO, ABEL, *O divórcio*, cit., pp. 28-39; PINTO, FERNANDO BRANDÃO FERREIRA, *Causas do divórcio...*, cit., pp. 30-39.

⁷⁴ Aliás, nos casos de o divórcio ser fundado na separação de facto ou na ausência, o juiz deixa de poder avaliar a culpa dos cônjuges (antigo art. 1782.º, n.º 2 e antigo art. 1783.º do CCp).

⁷⁵ Na vigência do Código Civil anterior à lei de 2008, o cônjuge declarado único ou principal culpado não podia, na partilha, receber mais do que receberia se o matrimónio tivesse sido celebrado segundo o regime da comunhão de adquiridos (antigo art. 1790.º do CCp); perdia os benefícios recebidos ou a receber do outro

patrimoniais do divórcio, independentemente da culpa dos cônjuges. Neste sentido, os cônjuges são tratados de modo igual na partilha (art. 1790.º do CCp)⁷⁶, na perda dos benefícios (art. 1791.º do CCp)⁷⁷ e na concessão de direito a alimentos (art. 2016.º e 2016.º-A do CCp)⁷⁸, sem qualquer avaliação da culpa.

Salientando que a eliminação da culpa não significa a desprotecção em situações de injustiça, a nova lei consagra, no que se refere aos efeitos patrimoniais do divórcio, a reparação de danos (art. 1792.º do CCp)⁷⁹ e a existência de crédito de compensação nos

cônjuge ou de terceiro, em vista do casamento ou em consideração do estado de casado (enquanto o cônjuge inocente ou que não fosse o principal culpado conservava os benefícios, antigo art. 1791.º do CCp) e não tinha, normalmente, direito a alimentos (antigo art. 2016.º, n.º 1, a) do CCp). Aliás, tinha que indemnizar pelos danos não patrimoniais causados ao outro cônjuge pelo próprio divórcio (antigo art. 1792.º do CCp). Ver HÖRSTER, HEINRICH EWALD, “A responsabilidade civil entre os cônjuges”, in *E foram felizes para sempre ...? Uma análise crítica do novo regime jurídico do divórcio*, SOTTOMAYOR, MARIA CLARA e ALMEIDA, MARIA TERESA FÉRIA DE (coord.), Wolters Kluwer Portugal- Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 97-98.

⁷⁶ Sendo afastada a lógica de sancionar um culpado e favorecer um inocente, nenhum dos cônjuges, hoje, pode na partilha receber mais do que receberia se o matrimónio tivesse sido celebrado segundo o regime da comunhão de adquiridos, mesmo que o regime estipulado tivesse sido o da comunhão geral ou um outro regime mais próximo do da comunhão geral do que o da comunhão de adquiridos. Com esta alteração, o legislador visa evitar que o divórcio se transforme num meio de adquirir património. Ver Projecto de Lei n.º 509/X.

⁷⁷ Uma vez que a causa dos benefícios era a constância do matrimónio, o legislador consagra que ambos os cônjuges perdem esses benefícios no divórcio.

⁷⁸ Ao contrário do que acontecia antes da reforma de 2008, hoje, em regra, qualquer dos cônjuges, independentemente de ser “culpado” ou “inocente”, tem direito a alimentos, desde que prove que se encontra numa situação de necessidade.

⁷⁹ A lei de 2008 consagra a possibilidade de solicitar a reparação dos danos “*nos termos gerais da responsabilidade civil*” e “*nos tribunais comuns*”, o que suscita dúvidas por não especificar quais os danos ressarcíveis. Para a maior parte da doutrina e da jurisprudência, são ressarcíveis os danos causados por violação culposa dos deveres conjugais, independentemente da verificação concomitante da violação dos direitos de personalidade. Neste ponto de vista, o legislador, com a alteração introduzida no art. 1792.º do CCp, somente transfere a apreciação de culpa a outro processo autónomo nos tribunais comuns. Cfr., entre outros, HÖRSTER, HEINRICH EWALD, “A responsabilidade civil...”, cit.; SILVA, AIDA FILIPA FERREIRA DA, *Responsabilidade civil entre cônjuges no divórcio – as alterações do art. 1792º do código civil com a Lei nº. 61/2008, de 31 de outubro*, Faculdade de Direito da Universidade do Porto, 2013, disponível em sigarra.up.pt; CAMPOS, DIOGO LEITE DE, *Lições de direito da família*, 3.ª ed., Almedina, Coimbra, 2016, pp. 342-344; 352-354; DIAS, CRISTINA M. ARAÚJO, “Breves notas sobre a responsabilidade civil dos cônjuges entre si: O novo regime do art. 1792º do Código Civil (na redacção dada pela Lei nº 61/2008, de 31 de Outubro) e a manutenção da irresponsabilidade ao nível dos efeitos patrimoniais do casamento”, in *Direito e Justiça: Estudos dedicados ao Professor Doutor Luís Alberto Carvalho Fernandes*, vol. 1, Universidade Católica, Lisboa, 2011. Ver ainda o Ac. do STJ de 2016/05/12, processo n.º 2325/12.3TVLSB.L1.S1, relator Tomé Gomes; o Ac. do STJ de 2013/09/17, processo n.º 5036/11.3TBVNG.P1.S1, relator Mário Mendes; o Ac. do STJ de 2012/02/09, processo n.º 819/09.7TMPRT.P1.S1, relator Hélder Roque, todos disponíveis em www.dgsi.pt.

No entanto, em nosso entender, a nova redacção do art. 1792.º do CCp visa só a reparação dos danos causados por violação dos direitos de personalidade do outro cônjuge. Ora, com a reforma de 2008, o legislador elimina a culpa no regime do divórcio, quer na verificação dos pressupostos do divórcio quer na atribuição de consequências patrimoniais desfavoráveis do divórcio. Parece-nos que a intenção dele aqui é eliminar completamente a apreciação e a graduação da culpa no plano especificamente matrimonial, incluindo na atribuição de indemnização por danos especificamente matrimoniais, mas não é transferir a apreciação e a graduação da culpa nesse plano para uma acção autónoma. Desta maneira, julgamos adequado concluir que os danos causados por violação dos deveres conjugais são somente indemnizáveis quando se verifica violação simultânea dos direitos de personalidade, sendo a aplicação exclusiva do regime da responsabilidade extracontratual a solução mais congruente com o objectivo legislativo de facilitar e desdramatizar o divórcio e

casos em que se verifica desigualdade evidente de contributos dos cônjuges para a vida conjugal e a vida familiar (art. 1676.º, n.º 2 do CCp)⁸⁰.

4.2.3. As causas do divórcio sem consentimento de um dos cônjuges

Conforme previsto no art. 1781.º do CCp, são hoje causas do divórcio sem consentimento de um dos cônjuges a separação de facto, a alteração das faculdades mentais, a ausência sem notícias e quaisquer outros factos que mostrem a ruptura definitiva do casamento, independentemente da culpa dos cônjuges. Nas páginas seguintes, passamos a expor estas causas, que têm de ser alegadas e provadas pelo cônjuge que deseja pôr fim à relação conjugal, a fim de que o divórcio seja concedido.

4.2.3.1. Separação de facto

Sendo o primeiro dos fundamentos do divórcio sem consentimento de um dos cônjuges consagrados no art. 1781.º (alínea a)) do CCp, a separação de facto por um ano consecutivo caracteriza-se por ser uma causa objectiva – não culposa, pois não importa a eventual culpa dos cônjuges – e bilateral – invocável por qualquer um dos cônjuges⁸¹.

de evitar a desprotecção dos cônjuges (no sentido de que os direitos fundamentais dos cônjuges não devem ser deixados desprotegidos de tutela comum pelo simples facto de estarem casados). Na mesma linha de pensamento, OLIVEIRA, GUILHERME DE, *Responsabilidade civil por violação dos deveres conjugais*, 2017, disponível em <http://guilhermedeoliveira.pt/resources/Responsabilidade-civil-por-violacao-dos-deveres-conjugais.pdf>; COELHO, FRANCISCO MANUEL DE BRITO PEREIRA, “Deveres conjugais e responsabilidade civil – estatuto matrimonial e estatuto pessoal (não matrimonial) dos cônjuges”, *RLJ*, ano 147, n.º 4006, 2017, pp. 54-67; CORTE-REAL, CARLOS PAMPLONA, “Relance crítico sobre o direito de família português”, in *Textos de direito da família para Francisco Pereira Coelho*, OLIVEIRA, GUILHERME DE (coord.), Imprensa da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2016, pp. 123-124.

É de frisar, por último, que a nova lei mantém o dever de indemnização pelos danos não patrimoniais decorrentes da dissolução do casamento apenas no caso do divórcio fundado na alteração das faculdades mentais do outro cônjuge. Esta indemnização, aliás, deve ser pedida na própria acção de divórcio.

⁸⁰ Com a intenção de reconhecer a relevância dos contributos de cada um dos cônjuges para os encargos da vida familiar, nos quais se incluem o trabalho despendido no lar e os cuidados com os filhos, e tendo em consideração que o matrimónio e o divórcio não devem ser um meio de enriquecimento para os cônjuges, a lei de 2008 concede o direito a um crédito de compensação ao cônjuge que contribuiu manifestamente mais do que o devido para a vida familiar. Este crédito deve ser satisfeito “*no momento em que se acertam as contas finais dos patrimónios*”, isto é, no momento da partilha. Projecto de Lei n.º 509/X.

⁸¹ Houve quem entendesse inconstitucional a norma que permitia ao cônjuge culposo pedir o divórcio contra a vontade do inocente com base na separação de facto (redacção anterior a 2008 do art. 1781.º, a) e do art. 1785.º, n.º 2 do CCp) por ser contrária ao princípio da dignidade humana (art. 1.º da CRP). O Tribunal Constitucional, ao afirmar que a dignidade da pessoa humana constitui valor nuclear e fundamental de todo o ordenamento jurídico português, não considerou contrária à dignidade humana a possibilidade do divórcio com fundamento em simples causas objectivas, claramente demonstrativas da ruptura da vida em comum, tendo em conta a “dimensão pessoal” do casamento enquanto instrumento de “realização humana”. Cfr. Ac. do TC n.º 105/90 de 1990/03/29, processo n.º 39/88, relator Conselheiro Bravo Serra, disponível em www.tribunalconstitucional.pt.

Decorrido o prazo de um ano, o legislador permite que qualquer dos cônjuges requeira o divórcio com fundamento na separação de facto por entender que se encontra remota ou perdida a esperança de reconciliação. Não se verificando, nesta situação, qualquer interesse público de primeiro grau que pese mais que a vontade dos próprios cônjuges e que justifique a manutenção do casamento, a lei considera socialmente mais benéfica a dissolução do matrimónio do que a manutenção de um matrimónio de mera aparência, em que os cônjuges vivem separados de facto. Ora, é mais preferível, neste caso, constatar a falência do casamento – que o direito não é capaz de impedir – do que a ignorar.

Do disposto do art. 1782.º, n.º 1 do CCp, resulta óbvio que a separação de facto tem que ser integrada por dois elementos para constituir causa do divórcio sem consentimento de um dos cônjuges: um elemento objectivo, traduzido na não existência da comunhão entre os cônjuges, isto é, falta de comunhão de leito, mesa e habitação, deixando os cônjuges de ter relações que, em regra, se estabelecem pelo casamento; e um elemento subjectivo, consubstanciado na intenção ou disposição interior, da parte de ambos os cônjuges ou somente de um deles, de não restabelecer a comunhão de vida típica do casamento⁸².

Nota-se que existe, na realidade, uma diversidade de situações em que a separação de facto pode assumir carácter equívoco, pelo que é importante levarmos em conta todas as circunstâncias do caso concreto. Pode acontecer que os cônjuges vivam em residências separadas, como permitido pelo art. 1673.º, n.º 2 do CCp, porém mantêm uma verdadeira “comunhão de vida”. São os casos nos quais os cônjuges se veem forçados a viver separados por razões estranhas à sua vontade ou por motivos ponderosos que deste modo os obrigam a tal, por exemplo, os casos de cumprimento de pena de prisão por parte de um dos cônjuges, de internamento hospitalar de um deles por motivos de doença e o facto de um deles ir trabalhar para um país estrangeiro para ganhar o sustento da família. Não obstante a verificação do elemento objectivo, não podemos concluir que existe, nestes casos, qualquer separação de facto para o efeito de decretar o divórcio, pois falta o elemento subjectivo.

Por outro lado, é possível que os cônjuges vivam debaixo do mesmo tecto, mas não haja qualquer comunhão de vida. Por exemplo, podem os cônjuges, tendo em consideração os interesses dos filhos, continuar a residir na mesma casa e partilhar refeições, contudo,

⁸² Ver, entre outros, VARELA, ANTUNES, *Direito da família*, cit., p. 480; COELHO, FRANCISCO MANUEL PEREIRA e OLIVEIRA, GUILHERME DE, *Curso de direito da família*, cit., pp. 727-728; CID, NUNO DE SALTER, “Sobre a separação...”, cit., pp. 53-57 e RAMIÃO, TOMÉ DE ALMEIDA, *O divórcio e questões conexas: regime jurídico actual*, 3.ª ed., Quid Juris?, Lisboa, 2011, p. 66.

passam a dormir em leitos separados e a fazer vidas totalmente separadas, deixando de se relacionarem como se fossem casados, hipótese em que o elemento objectivo se mostra incaracterístico. Daí realçamos a importância da verificação do elemento subjectivo. Para a separação de facto constituir fundamento do divórcio, é sempre indispensável a existência do elemento objectivo e do elemento subjectivo⁸³, sendo este último, como ensinam PEREIRA COELHO e GUILHERME DE OLIVEIRA⁸⁴, o *animus* que dá sentido ao *corpus* da separação de facto.

Para além da verificação dos dois elementos citados, a separação de facto, como fundamento do divórcio, tem que durar há pelo menos um ano consecutivo. Na realidade, pode haver dificuldades na determinação da data a partir da qual se inicia a contagem do prazo de um ano, dado que os cônjuges, muitas vezes, em vez de cortarem a sua relação de forma abrupta, não se separam de uma vez. Eles vão-se separando, sendo a separação um processo complexo. Nestes casos, para saber quando começou a separação de facto, deve-se apurar em que data se verificou o último sinal visível de comunhão de vida, contando-se o prazo desde a última manifestação de vida em comum⁸⁵.

Importa frisar que o ano tem de ser consecutivo, não sendo admitida qualquer interrupção. Efectivamente, não é isenta de divergência na doutrina a questão de saber quais os factos que interrompem a contagem do prazo. A maioria dos autores defende que o prazo não se interrompe só pelo simples facto de os cônjuges se encontrarem para, por exemplo, acertar contas entre si ou regular questões ligadas aos filhos comuns, mas já o mesmo não

⁸³ Na verdade, o facto de os cônjuges compartilharem o mesmo tecto é pouco relevante para a verificação da separação de facto. O que é essencial é sempre a existência da falta de comunhão de vida (elemento objectivo) e da intenção de não a restabelecer (elemento subjectivo). Neste sentido, cfr., entre outros, o Ac. do TRL de 2013/02/19, processo n.º 249/11.0TMLS.L1-1, relatora Teresa de Sousa Henriques, disponível em www.dgsi.pt: “*Integra o conceito de separação da facto ... 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.*”; e o Ac. do TRL de 2019/02/21, processo n.º 3/18.9T8SXL.L1-2, relator Pedro Martins, disponível em www.dgsi.pt, onde o TRL entendeu que não existia qualquer comunhão de vida, pois não obstante os cônjuges viverem sob o mesmo tecto, “*nunca trocaram lembranças entre si nem compraram em conjunto prendas para qualquer membro da família e fizeram sempre a passagem do ano separados um do outro e ... dormem em quartos separados, não tomam as refeições juntos, todas as semanas o autor leva a sua roupa a lavar numa lavandaria e começou a sentir que a vida com a ré lhe era insuportável, ... não faziam férias em conjunto (o que necessariamente implica mais do que uma ocasião de férias), nem faziam qualquer tipo de actividade em conjunto.*”

⁸⁴ COELHO, FRANCISCO MANUEL PEREIRA e OLIVEIRA, GUILHERME DE, *Curso de direito da família*, cit., pp. 727-728.

⁸⁵ COELHO, FRANCISCO MANUEL PEREIRA e OLIVEIRA, GUILHERME DE, *Curso de direito da família*, cit., pp. 728-729.

se passa quando os cônjuges decidem fazer uma tentativa de reconciliação, uma vez que o tempo decorrido anteriormente fica inutilizado e começa a contar novo prazo, caso a tentativa se frustrasse e os cônjuges voltem a separar-se⁸⁶. MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA⁸⁷, em contrapartida, considera que o decurso do prazo de separação não é interrompido pela coabitação temporária entre os cônjuges, mesmo com o objectivo de tentativa de reconciliação, justificando o seu entendimento pelo medo que os cônjuges poderiam ter em começar qualquer tentativa de reconciliação quando sabem que esta tentativa iria interromper o prazo. Assim, no sentido de propiciar a reconciliação entre os cônjuges, o autor defende que o prazo se interromperia apenas no caso de se verificar uma efectiva reconciliação.⁸⁸

Por último, consideramos útil fazer referência a duas correntes jurisprudenciais polémicas relativas à separação de facto.

A primeira tem relação com o preenchimento do elemento subjectivo da separação de facto. Com efeito, tem o STJ defendido que o elemento subjectivo, ou seja, a intenção de ambos ou apenas de um dos cônjuges de não restabelecer a vida em comum, pode ser considerada demonstrada através da mera tomada de iniciativa de pedir o divórcio⁸⁹. Parece-nos inegável que o cônjuge autor, ao propor uma acção de divórcio com base na separação de facto, deseja pôr fim ao matrimónio, manifestando nessa altura a intenção nítida de não pretender restabelecer a comunhão de vida. No entanto, como referem PEREIRA COELHO e GUILHERME DE OLIVEIRA⁹⁰, o problema é que não basta que tal intenção exista na altura em

⁸⁶ Ver, entre outros, DELGADO, ABEL, *O divórcio*, cit., p. 108; PINTO, FERNANDO BRANDÃO FERREIRA, *Causas do divórcio...*, cit., p. 120; COELHO, FRANCISCO MANUEL PEREIRA e OLIVEIRA, GUILHERME DE, *Curso de direito da família*, cit., p. 730.

⁸⁷ SOUSA, MIGUEL TEIXEIRA DE, *O regime jurídico do divórcio*, Almedina, Coimbra, 1991, pp. 84-86.

⁸⁸ Sobre esta questão, ver ainda o Ac. do TRG de 2010/11/11, processo n.º 52/09.8TBMLG.G1, relatora Teresa Pardal, disponível em www.dgsi.pt, onde não se considerou como interruptivos do prazo da separação de facto os factos de que o marido passou uma noite com a mulher na casa da mãe desta, passeando, no dia seguinte, com a mulher e com os seus filhos em comum; posteriormente, tomou café e jantou com a mulher e os filhos e chegou a ir buscá-los à camioneta quando vinham da praia; e o Ac. do TRL de 2017/04/27, processo n.º 6647-15.3T8SNT.L1-6, relator António Santos, disponível em www.dgsi.pt, onde não se entendeu serem susceptíveis de interromper a contagem do prazo os factos de que o marido voltou a casa da mulher, passando a noite ali algumas vezes; deu presentes à mulher no Natal e no aniversário dela; almoçava e jantava sempre com a mulher e o filho em comum; passou férias com eles, altura em que o marido e a mulher dormiram no mesmo quarto e mantiveram mesmo relações sexuais entre si, por estes factos serem isolados e ocasionais e não terem relevância suficiente para chegar à conclusão de que foi restabelecida a comunhão de vida entre os cônjuges.

⁸⁹ Cfr. os Acs. do STJ de 2001/07/05, in *CJ (STJ)*, tomo 2, 2001, p. 164 e de 2006/07/11, in *CJ (STJ)*, tomo 2, 2006, p. 157. O entendimento do STJ é seguido pela parte da jurisprudência, cfr., por exemplo, o Ac. do TRE de 2013/01/17, processo n.º 2062/11.6TBPTM.E, relator Paulo Amaral, disponível em www.dgsi.pt.

⁹⁰ COELHO, FRANCISCO MANUEL PEREIRA e OLIVEIRA, GUILHERME DE, *Curso de direito da família*, cit., p. 728.

que intenta a acção. Ela tem de se verificar desde a data em que a separação de facto começou e tem de se manter durante o prazo de um ano consecutivo, senão a 2.ª parte do art. 1782.º do CCp seria inútil.

Conforme mencionado *supra*, somente existe separação de facto quando existem, concomitantemente, a falta de comunhão de vida (elemento objectivo) e o propósito de não a restabelecer (elemento subjectivo). Apenas no caso de não existir vida em comum entre os cônjuges e haver, da parte de um ou de ambos, a vontade de não restabelecer a vida em comum e no caso de aquela situação e esta vontade se manterem durante um ano consecutivo, é que o legislador entende remota a esperança de reconciliação e permite a qualquer dos cônjuges requerer a dissolução do casamento com fundamento na separação de facto. Neste sentido, não podemos concluir que basta a propositura da acção de divórcio para satisfazer a exigência do elemento subjectivo. Na data da propositura da acção, é indispensável que o propósito de não restabelecer a vida em comum se mantenha há pelo menos um ano⁹¹.

Por outro lado, é controvertido o problema de saber se é imprescindível que a separação de facto já tenha durado o prazo de um ano consecutivo, no momento da propositura da acção de divórcio, isto é, se é necessário que o prazo de um ano consecutivo esteja totalmente decorrido à data da instauração da acção com base na separação de facto. Se é certo que uma parte da jurisprudência defende que o tempo decorrido na pendência da acção releva para o preenchimento do prazo da separação de facto estabelecido por lei para a procedência do pedido de divórcio, sustentando o seu entendimento no princípio da actualidade da decisão previsto no art. 611.º do novo CPCp⁹², já a esmagadora maioria da doutrina e jurisprudência considera que o eventual completamento do prazo no decurso do processo é irrelevante para o efeito de decretar o divórcio⁹³.

⁹¹ No mesmo sentido, RAMIÃO, TOMÉ DE ALMEIDA, *O divórcio...*, cit., p. 67. Ver também CID, NUNO DE SALTER, “Sobre a separação...”, cit., p. 63. Na jurisprudência, ver o Ac. do TRL de 2012/05/15, processo n.º 9139/09.6TCLRS.L1-7, relator Luís Lameiras, disponível em www.dgsi.pt.

⁹² Neste sentido, ver, por exemplo, o Ac. do TRL de 2012/05/15, processo n.º 1017/09.5TMLSB.L1-7, relatora Dina Monteiro e o Ac. do STJ de 2007/03/06, processo n.º 07A297, relator Sebastião Póvoas, ambos disponíveis em www.dgsi.pt. Defendendo que o princípio da actualidade da decisão deve ser aplicado nos casos em que o prazo vem a ser completado na pendência da acção de divórcio, este último acórdão enfatizou ainda que “*Não faria sentido, seria penoso para as partes e revelaria um notório desajustamento social e um excessivo apego a literalismos, vir agora dizer a um casal separado de facto há mais de quatro anos, ambos a quererem divorciar-se, pondo termo a relação irremediavelmente comprometida, que deveriam intentar nova acção, com custas e desgaste inerentes para demonstrar o que, aqui, está exuberantemente patente.*”

⁹³ Cfr., na doutrina, entre outros, DELGADO, ABEL, *O divórcio*, cit., p. 108, nota 2; PINTO, FERNANDO BRANDÃO

Subscrevendo esta última posição, salientamos que, como a doutrina e a jurisprudência dominante têm repetidamente indicado, o decurso do prazo de um ano é elemento constitutivo do direito ao divórcio. Não estamos, na verdade, em face de um prazo processual, mas antes um prazo de natureza marcadamente substantiva, querendo o legislador preservar um determinado período de tempo que considera necessário e suficiente para a consolidação da situação de facto e para permitir presumir *iuris et de iure* a ruptura irreversível do vínculo matrimonial. Desta maneira, o direito potestativo de requerer o divórcio com fundamento na separação de facto somente surge com o decurso completo do prazo de um ano consecutivo. Uma vez que o nascimento do direito ao divórcio na esfera jurídica do cônjuge que deseja pôr termo ao casamento depende do decurso integral do prazo, resulta óbvio que este prazo tem que se verificar no momento de exercício do direito, isto é, à data da propositura da acção. O entendimento contrário – o entendimento de que o prazo de um ano de separação se pode completar na pendência da acção – conduziria ao resultado absurdo de o processo se iniciar sem estar constituído o direito potestativo ao divórcio que já se está a pretender exercer, sendo o sucesso do pedido, nesse caso, totalmente aleatório, dado que estaria dependente do tempo que o processo judicial demorasse. Parece-nos pouco razoável que o decretamento ou não do divórcio dependa da maior ou menor celeridade processual do Tribunal. Mais importante ainda, tal entendimento permitiria a qualquer dos cônjuges instaurar a acção de divórcio logo após a separação, o que contradiz evidentemente o espírito da lei.

Nem o art. 611.º do novo CPCp leva a uma conclusão diferente, pois “*os factos constitutivos, modificativos ou extintivos do direito que se produzam posteriormente à proposição da acção*” a que se refere são apenas os factos supervenientes à instauração da acção, incluindo tanto os objectivamente supervenientes como os subjectivamente supervenientes (art. 588.º, n.º 2 do novo CPCp), que as partes hão de introduzir no processo através de alegação (art. 5.º do novo CPCp) em articulado normal ou eventual, ou em articulado superveniente (art. 588.º, n.º 3 do novo CPCp), no caso de os factos ocorrerem ou

FERREIRA, *Causas do divórcio...*, cit., p. 120; RAMIÃO, TOMÉ DE ALMEIDA, *O divórcio...*, cit., p. 68. Na jurisprudência, ver os Acs. do TRL de 2018/05/10, processo n.º 29812/15.9T8LSB.L1-2, relatora Ondina Carmo Alves; do TRG de 2013/11/25, processo n.º 320/12.1TBVLN.G1, relator António Beça Pereira; do TRL de 2013/10/22, processo n.º 16/11.1TBHRT.L1-7, relator Tomé Gomes; do TRE de 2013/03/21, processo n.º 292/10.7T2SNS.E1, relator José Lúcio; do TRL de 2012/05/15, processo n.º 9139/09.6TCLRS.L1-7, cit.; do TRP de 2011/03/15, processo n.º 5496/09.2TBVFR.P1, relator António Martins; do TRP de 2010/06/14, processo n.º 318/09.7TBCHV.P1, relatora Maria de Deus Correia, todos disponíveis em www.dgsi.pt.

serem conhecidos após a fase dos articulados. É de notar que o completamento do prazo depois da instauração da acção não pode ser entendido como facto, menos ainda como facto novo. Não constituindo nem integrando a causa de pedir, trata-se simplesmente de reflexo da demora processual, pelo que não pode ser invocado ao abrigo do art. 611.º do novo CPCp para suprir a inexistência originária do direito de solicitar o divórcio com fundamento na separação de facto⁹⁴.

Em resumo, sufragando a posição da doutrina e da jurisprudência dominante, julgamos essencial que o prazo de um ano consecutivo esteja verificado à data da propositura da acção de divórcio com fundamento na separação de facto.

4.2.3.2. Alteração das faculdades mentais

De acordo com o previsto no art. 1781.º, b) do CCp, “a alteração das faculdades mentais do outro cônjuge, quando dure há mais de um ano e, pela sua gravidade, comprometa a possibilidade da vida em comum” constitui outra causa do divórcio sem consentimento de um dos cônjuges. Tal como a separação de facto, a alteração das faculdades mentais trata-se de uma causa objectiva, não culposa. Todavia, é uma causa unilateral, pois o divórcio pode ser pedido com fundamento no art. 1781.º, b) do CCp apenas pelo cônjuge que invoca a grave alteração das faculdades mentais do outro, a quem também cabe o ónus da prova dos pressupostos exigidos (art. 1785.º, n.º 1 do CCp).

A verificação cumulativa de três pressupostos é requerida para que o divórcio possa ser concedido com base na alteração das faculdades mentais do outro cônjuge. Em primeiro lugar, como é evidente, é indispensável que exista uma alteração das faculdades mentais, uma anomalia psíquica ou mental do cônjuge contra quem o divórcio é solicitado. A causa dessa anomalia é irrelevante – o fundamental é que essa anomalia diminua ou retire a lucidez ou capacidade intelectual do cônjuge. Em segundo lugar, a alteração tem que durar há mais de um ano e tem que ser grave, o que obviamente deve ser provado por médicos, e finalmente, é necessário que a alteração das faculdades mentais seja de tal modo grave que comprometa a possibilidade da vida em comum.

Efectivamente, a consagração da alteração das faculdades mentais como fundamento do divórcio é uma opção difícil para o legislador, já que põe em causa o espírito de solidariedade, o dever de socorro e auxílio mútuos (art. 1674.º do CCp), de amparo na saúde

⁹⁴ Cfr. o Ac. do TRG de 2013/11/25 citado.

e na doença que o próprio casamento implica. Mas a verdade é que uma grave alteração das faculdades mentais é susceptível de destruir a essência do matrimónio, isto é, a plena comunhão de vida, uma comunhão não só física, mas também afectiva e intelectual. Nesta hipótese, entende o legislador que a manutenção da vida em comum resultaria para o outro cônjuge num sacrifício exorbitante que excede o limite razoável e, portanto, inexigível. Não podendo a lei impor-lhe um sacrifício exagerado, admite-se a possibilidade de requerer a dissolução do casamento⁹⁵. Importa notar que a impossibilidade da vida em comum tem de ser determinada em função de um cônjuge ideal, melhor dizendo, um cônjuge razoável dotado de sã entendimento, devendo ser consideradas ainda a sensibilidade moral e o grau de educação dos cônjuges⁹⁶.

A despeito de a lei não exigir que a anomalia mental ou psíquica seja incurável, a alteração das faculdades mentais, invocada como causa do divórcio, há de comprometer a possibilidade da comunhão de vida não somente no momento em que o divórcio é requerido, mas também no futuro, tendo em consideração que uma doença com boas possibilidades de cura não reveste gravidade suficiente para justificar a dissolução do casamento⁹⁷.

Por último, é fundamental ter presente que o cônjuge que requer o divórcio com base no art. 1781.º, b) do CCp está obrigado a reparar os danos não patrimoniais provocados ao outro cônjuge pelo próprio divórcio (art. 1792.º, n.º 2 do CCp).

4.2.3.3. Ausência sem notícias

O terceiro fundamento do divórcio sem consentimento de um dos cônjuges previsto no art. 1781.º (alínea c)) do CCp é “a ausência, sem que do ausente haja notícias, por tempo não inferior a um ano”. Tratando-se de uma causa objectiva e unilateral, tem legitimidade para solicitar o divórcio com base na ausência somente o cônjuge do ausente, a quem também é atribuído o correspondente ónus da prova (art. 1785.º, n.º 2 do CCp). Pode o cônjuge do ausente obter o divórcio depois do decurso do prazo legal de um ano contado a partir da data das últimas notícias do ausente.

A fim de que o divórcio seja decretado com base no art. 1781.º, c) do CCp, não é suficiente que o próprio ausente não dê notícias. De facto, é indispensável que não se saibam

⁹⁵ RAMIÃO, TOMÉ DE ALMEIDA, *O divórcio...*, cit., pp. 69-70.

⁹⁶ RAMIÃO, TOMÉ DE ALMEIDA, *O divórcio...*, cit., p. 69.

⁹⁷ COELHO, FRANCISCO MANUEL PEREIRA e OLIVEIRA, GUILHERME DE, *Curso de direito da família*, cit., p. 732.

notícias dele, seja através do próprio ausente, seja por meio de terceiras pessoas. Sendo o prazo de um ano contínuo, é de realçar que a contagem do prazo se interrompe quando o ausente der notícias ou quando se souber notícias dele, o que representa que o tempo decorrido fica inutilizado e o prazo de um ano começa a correr de novo⁹⁸.

Se o cônjuge não conseguir fazer prova da ausência, poderá pedir o divórcio com fundamento na separação de facto. Visto que a ausência sugere já a inexistência da comunhão de vida – elemento objectivo da separação –, o autor só tem de alegar e provar a verificação do elemento subjectivo correspondente⁹⁹. É importante ter em conta que, como já referimos, no momento de instaurar a acção de divórcio com fundamento na separação de facto, tanto o elemento objectivo como o elemento subjectivo têm de se verificar há pelo menos um ano. Assim, caso a intenção de não restabelecer a vida em comum não exista quando a ausência se iniciou, o cônjuge do ausente deve esperar até a intenção durar durante um ano para propor a acção de divórcio com fundamento na separação de facto, sob pena de improcedência.

4.2.3.4. Quaisquer outros factos demonstrativos da ruptura definitiva do casamento

A última causa, também objectiva, consagrada no art. 1781.º (alínea d)) do CCp consiste em “quaisquer outros factos que, independentemente da culpa dos cônjuges, mostrem a ruptura definitiva do casamento”. É, com efeito, uma nova causa do divórcio introduzida pela Lei n.º 61/2008. Tratando-se de uma causa bilateral, qualquer um dos cônjuges pode requerer o divórcio, sem o consentimento do outro, desde que demonstre a ruptura irreversível do vínculo matrimonial.

4.2.3.4.1. Dificuldades na concretização do conceito de “ruptura definitiva do casamento”: interpretação doutrinária e jurisprudencial

Como já tivemos a oportunidade de referir, a Lei n.º 61/2008 acrescenta uma cláusula geral ao elenco dos fundamentos do divórcio, atribuindo importância a quaisquer factos susceptíveis de demonstrar a ruptura definitiva do matrimónio, independentemente da culpa e do prazo (art. 1781.º, alínea d) do CCp). Porém, o legislador, ao optar pela utilização de conceito indeterminado de “ruptura definitiva do casamento”, não define nenhuma linha

⁹⁸ RAMIÃO, TOMÉ DE ALMEIDA, *O divórcio...*, cit., p. 70.

⁹⁹ COELHO, FRANCISCO MANUEL PEREIRA e OLIVEIRA, GUILHERME DE, *Curso de direito da família*, cit., p. 733.

mestra, nem fixa nenhuns critérios objectivos para o seu preenchimento, o que tem levantado dúvidas e dificuldades interpretativas tanto na doutrina como na jurisprudência. Por exemplo, pode o juiz, na prática, incluir no âmbito desta alínea somente as tradicionais violações culposas do deveres conjugais, sem requerer a prova da culpa dos cônjuges, ou ampliar o alcance da alínea de maneira a abranger a perda de afecto por parte de um dos cônjuges pelo outro¹⁰⁰? Para demonstrar a ruptura definitiva do casamento, é suficiente o cônjuge autor alegar que já não ama o outro, que deseja seguir um projecto de vida diferente ou que já não vê satisfeito o seu bem-estar individual na relação matrimonial¹⁰¹? É admitido o divórcio a-pedido de um dos cônjuges, por razões meramente subjectivas?

Procurando responder a essas interrogações, convém, em primeiro lugar, expor os diversos entendimentos de autores relativamente à concretização da alínea d) do art. 1781.º do CCp.

Num esforço de esclarecer quais os factos que devem caber na alínea citada, GUILHERME DE OLIVEIRA recorre à experiência dos ordenamentos jurídicos estrangeiros que preveem amplamente o divórcio-ruptura, sublinhando que vários sistemas estrangeiros admitem, para além da separação de facto, da alteração das faculdades mentais e da ausência, “*a doença infecciosa, a violência doméstica física ou verbal, a bigamia, o adultério, o cumprimento de pena de prisão, a tentativa de homicídio de um familiar próximo, o abuso de álcool, a negligência grosseira relativamente ao cônjuge*”¹⁰² como causas de ruptura do matrimónio. Esses factos, usados em sistemas jurídicos estrangeiros para fundamentar a ruptura irremediável do vínculo matrimonial, atingem um grau de gravidade ostensiva capaz de manifestar claramente o fim do casamento, pelo que o autor entende que não deve considerar-se factos banais e esporádicos na aplicação da alínea d) do art. 1781.º do CCp.

O autor apela também para a tradição jurisprudencial portuguesa, considerando que os antigos conceitos de “gravidade” e de “impossibilidade da vida em comum” utilizados nas violações dos deveres conjugais (antigo art. 1779.º do CCp) podem ajudar a concretizar

¹⁰⁰ SOTTOMAYOR, MARIA CLARA, “Uma análise crítica do novo regime jurídico do divórcio”, in *E foram felizes para sempre ...? Uma análise crítica do novo regime jurídico do divórcio*, SOTTOMAYOR, MARIA CLARA e ALMEIDA, MARIA TERESA FÉRIA DE (coord.), Wolters Kluwer Portugal- Coimbra Editora, Coimbra, 2010, p. 30.

¹⁰¹ COSTA, EVA DIAS, “A eliminação...”, cit., p. 72.

¹⁰² OLIVEIRA, GUILHERME DE, “A nova lei...”, cit., p. 13.

a alínea d)¹⁰³. Por outro lado, julga que pode permitir-se a relevância de alguns factos menos graves, sem acarretar a banalização da aplicação do art. 1781.º, d) do CCp, como por exemplo, factos que demonstrem objectiva e repetidamente o completo desinteresse, a falta radical de comprometimento na vida familiar, a negligência grosseira relativamente ao outro cônjuge ou aos filhos comuns. Esses factos, apesar de não apresentarem a gravidade que outros apresentam, tornam a vida em comum incomportável e inexigível pela sua “reiteração”. Conclui o autor que se deve dar relevo a factos objectivos que, pela sua gravidade ou pela sua reiteração, são capazes de convencer o juiz de que o vínculo matrimonial se rompeu de modo definitivo¹⁰⁴.

Para o autor, é necessária uma aplicação exigente da alínea d), por razão de ordem sistemática. De facto, esta alínea tem de ser aplicada em harmonia com as outras alíneas do art. 1781.º do CCp, pois a lei estabelece, nas alíneas a) – c), “*um padrão de exigência quanto aos índices objectivos de ruptura definitiva do casamento*”¹⁰⁵. Citando como exemplo a alínea a) do art. 1781.º do CCp, a qual, aliás, é a norma mais aplicada, o autor recorda que o Tribunal é obrigado a decretar o divórcio sempre que for provada a separação de facto por um ano consecutivo, ou seja, o juiz não pode duvidar que a verificação deste facto objectivo demonstra a ruptura definitiva do casamento¹⁰⁶. Se é verdade que o mesmo se passa com as alíneas b) e c) do art. 1781.º do CCp, já não parece que assim seja na alínea d). O Tribunal goza de uma margem de livre apreciação no preenchimento da alínea d), podendo decidir se determinados factos, não especificados na lei, mostram a ruptura do matrimónio¹⁰⁷. Não existe nenhuma lista de factos relevantes, nem nenhum prazo mínimo, que possa guiar o juiz na sua decisão. Na perspectiva do autor, isso não significa que o juiz pode aplicar a alínea d) de maneira mais condescendente do que quando aplica as outras alíneas do mesmo artigo. Enfatiza que a exigência de prova da ruptura definitiva do casamento deve ser consistente nas alíneas a) – c) e na alínea d), já que a Lei n.º 61/2008 não consagra o divórcio a-pedido por razões subjectivas¹⁰⁸.

¹⁰³ Em sentido semelhante, ver DIAS, CRISTINA M. ARAÚJO, *Uma análise...*, cit., p. 41.

¹⁰⁴ OLIVEIRA, GUILHERME DE, “A nova lei...”, cit., p. 14.

¹⁰⁵ OLIVEIRA, GUILHERME DE, “A nova lei...”, cit., p. 15.

¹⁰⁶ Presume-se *iuris et de iure*, neste caso, a existência de ruptura irreversível do matrimónio justificativa do divórcio. Na verdade, as causas previstas nas alíneas a) – c) do art. 1781.º do CCp são perentórias.

¹⁰⁷ Note-se que a causa do divórcio consagrada na alínea d) do art. 1781.º do CCp é facultativa.

¹⁰⁸ OLIVEIRA, GUILHERME DE, “A nova lei...”, cit., pp. 13-16.

Concordando com GUILHERME DE OLIVEIRA, RITA LOBO XAVIER¹⁰⁹ também considera que a Lei n.º 61/2008 não prevê o divórcio a-pedido. Assim, a manifestação da vontade por parte de um dos cônjuges no sentido de pôr termo ao casamento não constitui fundamento suficiente para o decretamento do divórcio.

A despeito de a violação dos deveres conjugais deixar de relevar como causa do divórcio, a autora julga que é possível incluir, nos factos que demonstram a ruptura definitiva do matrimónio, aqueles factos que impliquem o incumprimento dos deveres conjugais, levando em consideração que o casamento continua a apresentar-se como um contrato, gerador de deveres recíprocos entre os cônjuges (art. 1672.º do CCp). Sendo os deveres conjugais a concretização da obrigação da plena comunhão de vida que os cônjuges assumem, a autora entende que a alegação e prova do incumprimento destes deveres é um indicador de quebra da comunhão de vida. Frisa que o incumprimento dos deveres conjugais, ao abrigo da nova lei, será apreciado “independentemente de culpa dos cônjuges”, o que representa não somente que não haverá qualquer apreciação ético-jurídica do acto dos cônjuges, mas também que a inobservância dos deveres será apreciada de maneira objectiva, ou seja, ainda que os actos do cônjuge réu sejam desculpáveis e, o cônjuge autor pode invocar e provar incumprimentos imputáveis a ele mesmo. Sendo estes factos “objectivos”, provam-se pela demonstração da sua mera ocorrência.

A autora afirma que os factos susceptíveis de demonstrar a ruptura definitiva do matrimónio têm que ser objectiváveis, no sentido de que não podem consistir em “*simples afirmações sobre sentimentos ou estados de alma*”¹¹⁰, e entende ser obrigatório que aqueles sentimentos ou estados de alma se reflectam em atitudes ou comportamentos comprováveis. Aliás, partilhando a mesma linha de pensamento de GUILHERME DE OLIVEIRA, a autora esclarece que o Tribunal, na aplicação da alínea d) do art. 1781.º do CCp, não deve considerar factos banais e esporádicos, mas antes factos objectivos suficientemente convincentes de que o vínculo matrimonial se rompeu de forma definitiva.¹¹¹

¹⁰⁹ 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*, GONÇALVES, LUÍS COUTO (coord.), Almedina, Coimbra, 2012, p. 500 e ss..

¹¹⁰ XAVIER, RITA LOBO, “Direito ao divórcio...”, cit., p. 502.

¹¹¹ No mesmo sentido, LOPES, ALEXANDRA VIANA, “Divórcio e responsabilidades parentais: algumas reflexões sobre a aplicação do novo regime”, *Revista do CEJ*, n.º 11, 1.º semestre, Lisboa, 2009, pp. 150-153.

Outro valioso contributo doutrinal a destacar é o de AMADEU COLAÇO¹¹², autor que entende que a causa do divórcio consagrada na alínea d) do art. 1781.º do CCp comporta cinco elementos: 1) têm que se tratar de factos; 2) estes factos devem ser diferentes daqueles que constam nas anteriores alíneas do art. 1781.º do CCp; 3) estes factos têm de ser demonstrativos da ruptura definitiva do casamento; 4) o divórcio não é dependente da verificação da eventual culpa dos cônjuges; 5) ao invés do que acontece nas demais alíneas do art. 1781.º do CCp, o divórcio não é dependente do decurso de qualquer prazo. Os três primeiros elementos são, como diz o autor, de relevância positiva, pois é obrigatório que eles se verifiquem para o decretamento do divórcio. Por outro lado, os dois últimos elementos são de relevância neutra, dado que o decretamento do divórcio não depende da sua verificação.

Notando a dificuldade no preenchimento do conceito da ruptura definitiva do casamento, o autor esclarece que não basta, para a concessão do divórcio, qualquer ruptura do casamento. É indispensável que exista uma ruptura definitiva, a qual pode ser revelada por quaisquer factos, mesmo que verificados logo depois da celebração do matrimónio, pois a lei não exige aqui o decurso de qualquer prazo. Da análise da Exposição de motivos do Projecto de Lei n.º 509/X, resulta para o autor evidente que a violência doméstica consubstancia uma clara situação de ruptura definitiva do matrimónio, mas é igualmente óbvio que as situações de ruptura não se cingem, de modo exclusivo, às situações de violência doméstica. O autor considera que, para o efeito de decretar o divórcio, não releva uma qualquer situação subjectiva, designadamente um simples “*capricho*” ou “*vontade momentânea*” de um dos cônjuges em se divorciar do outro¹¹³, isto é, para a concessão do divórcio, não basta um mero acto de vontade de um dos cônjuges. Na óptica do autor, a verificação de uma situação objectiva de ruptura matrimonial é imprescindível, pelo que o cônjuge, que quer pedir o divórcio com fundamento na alínea d) do art. 1781.º do CCp, tem de invocar e provar uma situação objectiva, reveladora da ruptura definitiva do casamento e susceptível de constatação.

Por fim, acresce que o legislador dispensaria o requisito de uma acção judicial, se entendesse que um mero acto de vontade de um dos cônjuges bastaria para o divórcio ser concedido, porque seria suficiente requerer uma simples notificação judicial avulsa do outro

¹¹² COLAÇO, AMADEU, *Novo regime...*, cit., pp. 67-70.

¹¹³ COLAÇO, AMADEU, *Novo regime...*, cit., p. 69.

cônjuge a fim de que o divórcio se concretizasse. Não sendo esse o caso presente, o autor conclui que, mesmo no caso de um dos cônjuges alegar a cessação do afecto pelo outro, é sempre obrigado a invocar e provar factos que revelem uma situação de ruptura definitiva do matrimónio, mesmo que se origine da cessação do afecto.

Não obstante haver vários autores que defendem que a alínea d) do art. 1781.º do CCp consagra o divórcio-constatação da ruptura, sendo essencial que o cônjuge que pretende pôr termo ao casamento invoque e prove factos objectivos, relevantes da ruptura definitiva do casamento, a fim de que o divórcio possa ser concedido¹¹⁴, existem alguns autores que sustentam posição diversa e consideram que o legislador de 2008, na alínea d) do art. 1781.º do CCp, consagra, ou pretende consagrar o divórcio a-pedido (a que a doutrina também chama de divórcio-repúdio).

Criticando o conceito de “quaisquer outros factos que, independentemente da culpa dos cônjuges, mostrem a ruptura definitiva do casamento” por ser demasiado indefinido, EVA DIAS COSTA¹¹⁵ sublinha que diferentes entendimentos dos juízes acerca deste conceito podem conduzir a soluções muito díspares. Na alínea d) do art. 1781.º do CCp, o legislador não faz qualquer referência a prazo ou gravidade, requerendo somente que os factos invocados sejam susceptíveis de revelar a ruptura definitiva do matrimónio. Por outro lado, destacam-se, na Exposição de motivos do Projecto da Lei n.º 509/X, a liberdade individual e o princípio básico de que ninguém deve permanecer casado contra a sua própria vontade. Desta forma, a autora considera que o mero facto de um dos cônjuges desejar o divórcio implica, de modo necessário, a ruptura definitiva do laço matrimonial, pelo que não entende que tipo de factos deve o cônjuge autor deixar alegados. No ponto de vista da autora, o legislador de 2008 pretende consagrar, na alínea d) do art. 1781.º do CCp, o divórcio a-pedido e, assim sendo, a simples vontade por parte de um dos cônjuges, no sentido de se divorciar, é suficiente para que o divórcio seja decretado.

¹¹⁴ Para além dos autores citados *supra*, outros autores, por exemplo, TOMÉ DE ALMEIDA RAMIÃO, FRANCISCO BRITO PEREIRA COELHO e SANDRA PASSINHAS também partilham a mesma opinião. Cfr. RAMIÃO, TOMÉ DE ALMEIDA, *O divórcio...*, cit., pp. 71-79; COELHO, FRANCISCO MANUEL DE BRITO PEREIRA, “Os factos no casamento e o direito na união de facto: breves observações”, in *Textos de direito da família para Francisco Pereira Coelho*, OLIVEIRA, GUILHERME DE (coord.), Imprensa da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2016, pp. 91-92; PASSINHAS, SANDRA, “O novo figurino do divórcio em Portugal após a Lei n.º 61/2008: Em particular, a relevância do comportamento processual das partes no divórcio sem consentimento do outro cônjuge”, in *I Congresso de Direito da Família e das Crianças*, GUERRA, PAULO (coord.), Almedina, Coimbra, 2016, pp.35-36 respectivamente.

¹¹⁵ COSTA, EVA DIAS, “A eliminação...”, cit., pp. 72-73.

Por sua vez, HEINRICH HÖRSTER¹¹⁶ entende que é consagrada, no ordenamento jurídico português, a concepção do divórcio-repúdio. Da Exposição de motivos do Projecto de Lei n.º 509/X e sobretudo da referência feita ao princípio da liberdade de que ninguém deve manter-se no casamento contra a sua vontade, resulta claro para o autor que o divórcio é hoje a consequência da vontade unilateral e subjectiva de um dos cônjuges que não deseja permanecer casado.

Por último, parece-nos que CARLOS PAMPLONA CORTE-REAL¹¹⁷ também considera que está subjacente à alínea d) do art. 1781.º do CCp a concepção do divórcio a-pedido. Embora a alínea mencionada não seja clara, o autor entende que a verificação de ruptura do casamento deveria depender só da leitura e vontade de qualquer um dos cônjuges, assumindo o juiz um papel muito restrito na valoração da índole inequívoca de uma ruptura desejada por qualquer deles. Justificando a sua interpretação com a tutela da personalidade, o autor acrescenta que forçar os cônjuges a permanecerem casados corresponde a uma reminiscência passadista relativa à virtual perpetuidade do matrimónio.

Como é manifesto, a utilização do conceito indeterminado de “quaisquer outros factos que demonstrem a ruptura definitiva do casamento” na alínea d) do art. 1781.º do CCp tem dado origem a diversos entendimentos não só a nível doutrinal, mas também a nível jurisprudencial. Consideramos útil mencionar aqui alguns acórdãos, a fim de demonstrarmos a divergência jurisprudencial quanto à interpretação da alínea citada.

No Ac. do TRE de 12 de Março de 2015¹¹⁸, coloca-se a questão que consiste em saber se poderia ser concedido o divórcio com base no art. 1781.º, d) do CCp, atentando à factualidade provada. Limitamo-nos a sublinhar, neste sentido, os factos provados que interessam para a apreciação da questão em causa: “3. Desde 2003 a A. [autora] e o R. [réu] 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

¹¹⁶ HÖRSTER, HEINRICH EWALD, “A responsabilidade civil...”, cit., pp. 94-95.

¹¹⁷ CORTE-REAL, CARLOS PAMPLONA e PEREIRA, JOSÉ SILVA, *Direito da Família: Tópicos para uma Reflexão Crítica*, 2.ª ed., AAFDL, Lisboa, 2011, p. 22.

¹¹⁸ Processo n.º 367/10.2T2SNS.E1, relatora Cristina Cerdeira, disponível em www.dgsi.pt.

*comunicou ao autor 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.”*¹¹⁹

O Tribunal da Relação de Évora, no sentido concordante com a decisão do Tribunal de 1.^a instância de decretar o divórcio com fundamento na alínea d) do art. 1781.º do CCp, reafirmou que os factos praticados pelo cônjuge réu consubstanciavam uma violação grave dos deveres conjugais, designadamente, do dever de fidelidade e do dever de respeito. Apesar de a culpa ser eliminada como fundamento do divórcio, no actual regime do divórcio, ou seja, apesar de a culpa ser irrelevante para a concessão do divórcio – o divórcio será decretado sempre que estiver revelada a ruptura definitiva do matrimónio, independentemente de haver ou não culpa dos cônjuges –, o TRE esclareceu que a culpa pode ser considerada, hoje, como elemento de avaliação da concretização do conceito indeterminado de “ruptura definitiva do casamento”. Justificando a sua óptica com a manutenção, pelo legislador de 2008, dos deveres conjugais a que os cônjuges estão reciprocamente adstritos, o TRE explicou que a questão da violação culposa dos deveres conjugais não deixa de relevar para o efeito de apreciar a “ruptura definitiva do casamento”, no sentido de que os factos que configuram a inobservância culposa dos deveres conjugais evidenciam a existência da ruptura definitiva do matrimónio. É certo que há também outros factos susceptíveis de demonstrar a ruptura definitiva do matrimónio, mas no caso em apreço, os comportamentos do réu consubstanciavam inegavelmente uma violação grave dos deveres de fidelidade e de respeito, com base na qual o TRE entendeu ser justificado o decretamento do divórcio com fundamento na alínea d) do art. 1781.º do CCp.

Além disso, o TRE acrescentou que o acto do cônjuge autor (mulher) de instaurar a acção de divórcio mostrou indubitavelmente, no seu ponto de vista, a ruptura definitiva do vínculo matrimonial. Ao considerar que *“no âmbito da mencionada alínea d) do artigo 1781º 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”*¹²⁰, o TRE inclinou-se aqui para a qualificação da consagração da alínea d) do art. 1781.º do CCp como a do divórcio a-pedido¹²¹.

¹¹⁹ O Ac. do TRE de 2015/03/12, cit..

¹²⁰ O Ac. do TRE de 2015/03/12, cit..

¹²¹ Defendendo o mesmo ponto de vista, cfr., por exemplo, o Ac. do TRL de 2012/05/15, processo n.º 1017/09.5TMLS.L1-7, cit..

O Ac. do TRC de 21 de Janeiro de 2020¹²², porém, sustenta posição diversa e entende que o divórcio a-pedido não é acolhido no ordenamento jurídico português. Foram apenas provados, no caso *sub iudice*, os factos de que: “III. O Autor passou procuração ao seu Ilustre mandatário, em 14.07.2017, com poderes especiais para instaurar processo de divórcio contra a Ré; IV. O presente processo de divórcio sem consentimento do outro cônjuge deu entrada neste tribunal no dia 2 de fevereiro de 2018 e, desde essa data, nunca o Autor veio declarar pretender continuar casado.”¹²³ Apesar de não serem provados quaisquer factos que demonstrem a separação de facto entre os cônjuges – pelo que seria impossível decretar o divórcio com base na alínea a) do art. 1781.º do CCp –, o Tribunal de 1.ª instância defendeu que o mero facto de o cônjuge autor pedir o divórcio sem consentimento do cônjuge réu (mulher) demonstrou, de forma suficiente, a ruptura definitiva da vida em comum, e decidiu decretar o divórcio com alicerce na alínea d) do art. 1781.º do CCp.

Em recurso, o Tribunal da Relação de Coimbra apreciou a questão de saber se o simples acto de propor a acção de divórcio seria bastante para consubstanciar a ruptura definitiva do matrimónio, consagrada na alínea d) mencionada. Depois de analisar a Exposição de Motivos do Projecto de Lei n.º 509/X, o TRC considerou que o legislador de 2008 prevê, na alínea d) do art. 1781.º do CCp, a concepção do divórcio-ruptura, mas não a do divórcio a-pedido de qualquer um dos cônjuges. Assim, o cônjuge que pretende solicitar o divórcio com fundamento na alínea d) mencionada tem de invocar e provar factos objectivos idóneos para mostrar, de modo claro e inequívoco, a ruptura irreversível do vínculo matrimonial. Por outras palavras, sendo a dita alínea d) uma cláusula geral objectiva onde se prevê a concepção do divórcio-ruptura, o cônjuge autor precisa de alegar e provar factos objectivos, susceptíveis de comprovação, e que revelem a ruptura irremediável do casamento, a fim de obter o divórcio. Não basta que o cônjuge autor manifeste a sua vontade em divorciar-se, pois não é consagrado, no ordenamento jurídico português, o sistema do divórcio a-pedido ou o divórcio subjectivo.

No caso *sub iudice*, o autor não conseguiu provar nenhuns factos objectivos que permitam afirmar ter ocorrido uma ruptura definitiva do matrimónio, porque a vontade ou a

¹²² Processo n.º 139/18.T8LMG.C1, relator Moreira do Carmo, disponível em www.dgsi.pt.

¹²³ O Ac. do TRC de 2020/01/21, cit..

intenção dele não constitui indicador objectivo suficiente para chegar a tal afirmação. O propósito do autor de se divorciar é só um dado subjectivo, irrelevante para o decretamento do divórcio, no sistema do divórcio-ruptura. Desta maneira, o TRC revogou a decisão da 1.ª instância de conceder o divórcio com base na alínea d) do art. 1781.º do CCp¹²⁴.

É de notar, por outro lado, o Ac. do STJ de 3 de Outubro de 2013¹²⁵, onde se trata de uma acção de divórcio sem consentimento do outro cônjuge, instaurada em Novembro de 2010. No caso em apreço, provou-se que: “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*”¹²⁶. Perante o facto de que a inexistência da comunhão de vida entre os cônjuges se verificou apenas há cinco meses, à data da instauração da acção, o Tribunal de 1.ª instância entendeu ser impossível concluir que existisse uma ruptura definitiva do casamento, sob pena de permitir que a separação de facto, inferior a um ano consecutivo, se pudesse considerar como fundamento do divórcio. Desta forma, julgou a acção de divórcio improcedente. Em recurso, contudo, o Tribunal da Relação do Porto¹²⁷ expressou entendimento diverso e decretou o divórcio com fundamento na alínea d) do art. 1781.º do CCp. Chegando agora o recurso ao STJ, coube-lhe decidir se os factos provados seriam suficientes para preencher o fundamento do divórcio consagrado na dita alínea, para o qual não se requer qualquer duração mínima.

O STJ observou que, como resulta da Exposição de Motivos subjacente à Lei n.º 61/2008, o critério que o legislador escolhe para determinar se certos factos revelam a ruptura definitiva do casamento, prevista na alínea d) do art. 1781.º do CCp, é o seguinte:

¹²⁴ Na verdade, existem vários outros acórdãos que se pronunciam no sentido de que o divórcio a-pedido não é acolhido no sistema jurídico português, como por exemplo, o Ac. do TRP de 2019/06/03, processo n.º 3781/18.1T8AVR.P1, relatora Fernanda Almeida; o Ac. do TRL de 2019/02/21, cit.; o Ac. do STJ de 2017/04/27, processo n.º 273/14.1TBSCR.L1.S1, relator Tomé Gomes; o Ac. do TRE de 2013/12/19, processo n.º 4690/11.0TBPTM.E1, relator Bernardo Domingos; o Ac. do TRL de 2011/11/23, processo n.º 88/10.6TMFUN.L1-2, relatora Maria José Mouro, todos disponíveis em www.dgsi.pt.

¹²⁵ Processo n.º 2610/10.9TMPRT.P1.S1, relatora Maria dos Prazeres Pizarro Beleza, disponível em www.dgsi.pt.

¹²⁶ Ac. do STJ de 2013/10/03, cit..

¹²⁷ Cfr. o Ac. do TRP de 2013/04/22, processo n.º 2610/10.9TMPRT.P1, relatora Ana Paula Carvalho, disponível em www.dgsi.pt.

tais factos não de demonstrar, de modo definitivo, a falta da comunhão de vida própria do matrimónio. Essa comunhão encontra-se traduzida principalmente nos deveres conjugais de respeito, de fidelidade, de cooperação e de coabitação, consagrados no art. 1672.º do CCp, pelo que a demonstração da ruptura irremediável do vínculo matrimonial – presumida *iuris et de iure* ao fim de um ano nas alíneas a), b) e c) – envolve naturalmente a prova da violação grave desses deveres e a prova da convicção da irreversibilidade da quebra da comunhão própria do casamento.

Discordando do que entendeu a 1.ª instância, o STJ considerou que o decretamento do divórcio não se fundamentou na separação de facto (inferior a um ano no caso em apreço), mas antes só na alínea d) do art. 1781.º do CCp. No ponto de vista do STJ, não obstante a inexistência da vida em comum se verificar somente há cinco meses, na altura em que a acção de divórcio foi proposta, o que tornaria impossível decretar o divórcio com base na alínea a) do 1781.º do CCp, os factos provados (transcritos *supra*) eram suficientes para concluir pela cessação irreversível da comunhão de vida, pelo que o divórcio podia ser decretado com base na alínea d) mencionada. Frisou, por último, que a duração ou o tempo desses factos, no contexto da alínea d) mencionada, não desempenha o papel de facto constitutivo do direito ao divórcio, mas constitui apenas “*elemento de prova da cessação duradoura e irreversível da comunhão conjugal*”¹²⁸. O STJ decidiu no sentido de que a separação de facto inferior a um ano pode ser ponderada para a avaliação do preenchimento da alínea d) do art. 1781.º do CCp, desde que mostre a inexistência definitiva da comunhão de vida, o que nos parece duvidoso¹²⁹.

¹²⁸ Ac. do STJ de 2013/10/03, cit..

¹²⁹ O citado acórdão não foi o único que decidiu neste sentido. Por exemplo, o Ac. do TRE de 2013/06/06 também considerou que a ruptura definitiva do matrimónio pode ser revelada através da prova de quaisquer factos, mesmo daqueles que são susceptíveis de integrar as alíneas a), b) e c) do art. 1781.º do CCp: “*Numa visão formalista podíamos ser tentados a considerar que tendo os factos sido alegados para integrarem a previsão da alínea a) do art.º 1781º (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.*” Defendeu que o que é fundamental, para determinar se há ou não uma ruptura do vínculo matrimonial, é que os factos provados sejam suficientemente graves ou reiterados, e reveladores de que definitiva e objectivamente, deixou de existir comunhão de vida própria do casamento. Para o TRE, no caso de a separação de facto se verificar durante um ano consecutivo, presume-se *iuris et de iure* a consumação da ruptura definitiva do casamento; por outro lado, todavia, a separação por período inferior a um ano não implica necessariamente que não existe ruptura definitiva do casamento. Processo n.º 424/11.8TMFAR.E1, relatora Conceição Ferreira, disponível em www.dgsi.pt. Na mesma linha de pensamento, cfr. ainda o Ac. do TRP de 2013/02/14, processo n.º 999/11.1TMPRT.P1, relator Leonel Seródio; o Ac. do TRG de 2013/03/14, processo n.º 91/10.6TMBRG.G1, relator Manuel Bargado; o Ac. do TRG de 2015/01/08, processo n.º 3835/11.5TJVNF.G1, relator António Santos; o Ac. do TRC de 2020/01/21, processo n.º

Em sentido diverso do último acórdão mencionado, o Ac. do TRE de 21 de Março de 2013¹³⁰ entendeu que a separação de facto, com duração inferior a um ano consecutivo, não pode ser considerada para o efeito de preenchimento da alínea d) do art. 1781.º do CCp.

No caso sob análise, a acção de divórcio foi proposta no dia 12 de Maio de 2010, mas foi provado que os cônjuges só “*deixaram de viver na mesma casa, deixaram de tomar refeições juntos, deixaram de se relacionar como se de marido e mulher se tratassem, deixaram de ser vistos em locais públicos*”¹³¹ desde o final de Março do mesmo ano. Uma vez que a situação de separação de facto, na data da propositura de acção, estava longe de completar o prazo de um ano consecutivo, requerido por lei, o TRE deixou expresso que era impossível decretar o divórcio com fundamento na alínea a) do art. 1781.º do CCp.

Uma vez que os factos alegados e provados traduziam somente uma situação de separação de facto, o TRE considerou que não se verificava fundamento para decretar o divórcio, nos termos da alínea d) do mesmo artigo. No óptica de TRE, a fim de demonstrar a ruptura definitiva do casamento, é necessário provar-se outros factos, diversos daqueles que integram as alíneas a), b) e c) do art. 1781.º do CCp. Os mesmos factos, que não servem para integrar a causa consagrada na alínea a), não podem valer para a integração na alínea d). Não sendo provados outros factos capazes de demonstrar a ruptura irremediável do vínculo conjugal, o TRE afirmou que não era possível decretar, por via da alínea d) do artigo citado, o divórcio improcedente por via da alínea a)¹³².

Por fim, é de destacar o Ac. do TRE de 17 de Março de 2010¹³³, onde o cônjuge autor (mulher) instaurou a acção de divórcio com base na alínea d) do art. 1781.º do CCp, alegando factos de onde se podem extrair “*a não participação do réu nas despesas domésticas e*

215/19.8T8CNT.C1, relator António Carvalho Martins, todos disponíveis em www.dgsi.pt.

¹³⁰ Processo n.º 292/10.7T2SNS.E1, cit..

¹³¹ O Ac. do TRE de 2013/03/21, cit..

¹³² No mesmo sentido, cfr. o Ac. do TRL de 2018/09/13, processo n.º 73/16.4T8CSC-2, relator Pedro Martins e o Ac. do TRG de 2013/11/25, cit.; ambos disponíveis em www.dgsi.pt. Neste último acórdão, o TRG enfatizou que a ruptura definitiva do matrimónio não pode resultar somente de uma separação de facto por período inferior a um ano, sob pena de a alínea d) tornar, de maneira absoluta, inútil a alínea a) e de estabelecer uma contradição entre estas duas alíneas. A separação de facto com duração inferior a um ano é, por si só, insuficiente para permitir concluir que ocorreu uma ruptura irreversível do casamento, sendo essencial que essa separação (inferior a um ano) seja acompanhada de outros factos que, considerados no seu conjunto, demonstrem objectivamente que, apesar de ainda não se completar o prazo de um ano consecutivo de separação, já aconteceu uma ruptura definitiva do vínculo matrimonial.

¹³³ Processo n.º 521/09.0TMFAR.E1, relator Almeida Simões, disponível em www.dgsi.pt.

o seu desinteresse quanto à tomada de qualquer decisão que envolva a vida familiar”¹³⁴. A petição foi, porém, objecto de indeferimento liminar (art. 226.º, n.º 4, a) e art. 590.º do novo CPCp), por se considerar que esses factos alegados não eram idóneos para preencher a dita alínea d), pelo que o pedido da autora seria evidentemente improcedente.

Revogando a decisão recorrida, o Tribunal da Relação de Évora entendeu que os factos alegados não permitiam chegar à conclusão de que o pedido seria evidentemente improcedente. Na perspectiva do TRE, o legislador de 2008 deseja alargar o divórcio aos casos em que a plena comunhão de vida, própria do matrimónio, já não existe, seja por que motivo for. Desta forma, para além do incumprimento dos deveres conjugais previstos no art. 1672.º do CCp, o TRE considerou que há outros factos susceptíveis de conduzir à ruptura irremediável do vínculo matrimonial, dada a complexidade da conjugalidade, e concluiu que a inexistência da comunhão de vida tem que ser apurada caso a caso, tendo em conta a amplitude da alínea d) do art. 1781.º do CCp.

4.2.3.4.2. Síntese conclusiva: A admissão do divórcio a-pedido?

Agora que já tivemos ensejo de expor os vários entendimentos que têm surgido na doutrina e na jurisprudência sobre o preenchimento da alínea d) do art. 1781.º do CCp, parece-nos conveniente fazer uma síntese das questões suscitadas e esclarecer a nossa posição relativamente às mesmas.

A questão que se apresenta como decisiva é a de saber se é acolhida a concepção do divórcio a-pedido no ordenamento jurídico português, através da introdução da alínea mencionada. Estando a doutrina e a jurisprudência bastante dividida quanto a essa questão, há quem defenda que a alínea d) consagra a concepção do divórcio-constatação da ruptura e outros consideram que a alínea d) traduz, no fundo, a consagração do divórcio a-pedido¹³⁵. Assim, temos que fazer uma breve distinção entre estas duas concepções.

No divórcio-constatação da ruptura, a doutrina e a jurisprudência entendem ser imprescindível que o cônjuge autor alegue e prove factos objectivos, passíveis de demonstrar inequivocamente a ruptura irreversível do vínculo matrimonial, a fim de que o divórcio seja decretado. O divórcio a-pedido de um dos cônjuges, pelo contrário, consiste em divórcio puramente subjectivo. Nesta concepção, a manifestação da vontade, por parte de um dos

¹³⁴ Ac. do TRE de 2010/03/17, cit..

¹³⁵ Cfr. o exposto na secção anterior.

cônjuges, de pôr fim à relação conjugal, basta para que o divórcio seja concedido. O mesmo é dizer que o cônjuge que deseja divorciar-se não precisa de alegar e provar qualquer fundamento para obter o divórcio, sendo o divórcio decretado a pedido de qualquer um dos cônjuges, por se considerar que esse mesmo pedido de divórcio é, só por si, suficientemente demonstrativo da ruptura do matrimónio.

A nosso ver, o que o legislador de 2008 pretende, com a adição de uma cláusula geral ao elenco dos fundamentos do divórcio sem consentimento do outro cônjuge, é somente reforçar a ideia do divórcio-constatação da ruptura, não prevendo a do divórcio a-pedido. É verdade que o conceito de “quaisquer outros factos que demonstrem a ruptura definitiva do casamento”, previsto na alínea d) citada, deixa espaço para certa ambiguidade, mas na interpretação desse conceito, não podemos esquecer a história das iniciativas legislativas em matéria do divórcio. Na verdade, na discussão parlamentar sobre o regime jurídico do divórcio em 2008, o Bloco de Esquerda tinha proposto, com o Projecto de Lei n.º 486/X, a possibilidade de a declaração de vontade por parte de um dos cônjuges bastar para decretar o divórcio, isto é, a possibilidade do divórcio a-pedido. Todavia, o projecto acabou por ser rejeitado, o que mostra claramente, na nossa opinião, que o Parlamento não desejou acolher o sistema do divórcio a-pedido de um dos cônjuges, mas antes reforçar a concepção do divórcio-constatação da ruptura, que se fundamenta em indicadores objectivos da falência irreversível do casamento¹³⁶.

A fim de se interpretar a alínea d) do art. 1781.º do CCp de forma mais adequada, para além de se respeitar a intenção da maioria parlamentar, julgamos que se deve manter a congruência sistemática entre esta alínea e as demais alíneas do mesmo artigo. Como afirma GUILHERME DE OLIVEIRA, o legislador estabelece, nas alíneas a) – c) do art. 1781.º do CCp, “*um padrão de exigência quanto aos índices objectivos de ruptura definitiva do casamento*”¹³⁷. Por exemplo, resulta da alínea a) que o legislador considera que existe ruptura definitiva do casamento quando se verifica a separação de facto com duração de um ano consecutivo. O mesmo se aplica às alíneas b) e c). Deste modo, apesar de o Tribunal gozar de uma larga margem de apreciação no âmbito da alínea d), não pode aplicar esta alínea de maneira mais condescendente do que quando aplica as alíneas a) – c). Com efeito, a exigência de prova da ruptura definitiva do vínculo matrimonial deve ser consistente em

¹³⁶ COELHO, FRANCISCO MANUEL PEREIRA e OLIVEIRA, GUILHERME DE, *Curso de direito da família*, cit., p. 737.

¹³⁷ OLIVEIRA, GUILHERME DE, “A nova lei...”, cit., p. 15.

todo o art. 1781.º do CCp, não devendo ser a alínea d) interpretada como a autorização de uma dissolução mais facilitada, ou até como a admissão do divórcio a-pedido de um dos cônjuges, sob pena de criar uma incongruência sistemática entre as várias alíneas do art. 1781.º do CCp. Questionamos: faria sentido que o legislador exigisse, na alínea a) do art. 1781.º do CCp, a verificação da separação de facto por um ano consecutivo para o decretamento do divórcio, se o divórcio pudesse ser concedido simplesmente a pedido de qualquer um dos cônjuges – independentemente do decurso de qualquer prazo e da culpa, como se infere –, no âmbito da alínea d) do mesmo artigo? Sendo a resposta naturalmente negativa, concluímos que a alínea d) do art. 1781.º do CCp corresponde apenas à consagração do divórcio-constatação da ruptura. O cônjuge que quer obter o divórcio, com base na alínea d), tem sempre de alegar e provar factos objectivos, suficientemente convincentes perante o Tribunal de que o matrimónio se rompeu de maneira definitiva.

Desta forma, é importante respondermos à questão de saber quais os factos que podem ser invocados e provados para mostrar a falência definitiva do casamento, prevista na alínea d) citada.

Da análise da jurisprudência, observamos que existe uma tendência no sentido de valorar os factos susceptíveis de integrar as alíneas a) – c) do 1781.º do CCp, por exemplo, a separação de facto inferior a um ano, para a aferição da existência da ruptura definitiva do casamento, ou seja, para a avaliação do preenchimento da dita alínea d)¹³⁸. Efectivamente, para um sector da jurisprudência, não se verifica qualquer fundamento legal que impeça que os factos passíveis de integrar as alíneas a) – c) do artigo citado possam ser valorados, para os efeitos da aplicação da cláusula geral prevista na alínea d), dado o critério relevante para apreciar o preenchimento desta última alínea ser o de apurar se os factos invocados e provados são capazes de demonstrar, objectiva e definitivamente, a inexistência da comunhão de vida entre os cônjuges. Consideram que o divórcio pode ser decretado, com fundamento na alínea d) mencionada, quando, por exemplo, a separação de facto por período inferior a um ano consecutivo traduzir uma grave ou reiterada inobservância de deveres conjugais, de forma a atingir a plena comunhão de vida, característica do casamento.

¹³⁸ Cfr., por exemplo, o Ac. do STJ de 2013/10/03 citado na secção anterior.

No nosso ponto de vista, tal interpretação da alínea d) do art. 1781.º do CCp não é merecedora de acolhimento¹³⁹. Continuando com o exemplo da separação de facto – como já sabemos, a separação de facto tem de ocorrer durante o período de um ano consecutivo para constituir fundamento autónomo do divórcio, caso em que a separação de facto, por si só, releva a ruptura irremediável do casamento (alínea a) do art. 1781.º do CCp). Ora, se se admitisse que a separação de facto inferior a um ano consecutivo, por si só, seria igualmente capaz de demonstrar a ruptura definitiva do matrimónio, o resultado evidente seria o desvirtuamento da alínea a). O mesmo se diz quanto às alíneas b) e c) do art. 1781.º do CCp. Assim, tendo em consideração a harmonia sistemática entre as várias alíneas do art. 1781.º do CCp, parece-nos óbvio que aqueles factos que integram as alíneas a) – c) não podem ser ponderados para o efeito de aplicação da alínea d). Sendo a alínea d) uma causa residual do divórcio, funciona apenas quando não existam as demais causas consagradas no artigo citado¹⁴⁰. Por outras palavras, os “quaisquer outros factos” a que se refere a alínea d) só podem ser aqueles que não se encontram consagrados nas alíneas a) – c), por exemplo, a violação dos deveres conjugais.

Embora a violação culposa dos deveres conjugais deixe de ser fundamento do divórcio, é entendimento unânime que ela pode ser considerada para efeito de preenchimento da alínea d) do art. 1781.º do CCp, tendo em conta que o legislador de 2008 manteve inalterado o elenco dos deveres conjugais consagrado no art. 1672.º do CCp^{141 142}. Isto é,

¹³⁹ No mesmo sentido, por exemplo, COLAÇO, AMADEU, *Novo regime...*, cit., p. 67.

¹⁴⁰ RAMIÃO, TOMÉ DE ALMEIDA, *O divórcio...*, cit., p. 75.

¹⁴¹ XAVIER, RITA LOBO, “Direito ao divórcio...”, cit., p. 500 e ss..

¹⁴² Hoje, são enumerados, no art. 1672.º do CCp, cinco deveres pelos quais os cônjuges se encontram reciprocamente vinculados durante a vigência do casamento: os deveres de respeito, fidelidade, coabitação, cooperação e assistência.

O dever de respeito é um dever que tem simultaneamente conteúdo negativo e positivo. No sentido negativo, implica que os cônjuges não podem atentar contra a integridade física ou moral um do outro, consistindo a integridade moral no conjunto de valores de personalidade, por exemplo a honra, o bom nome e a consideração social. Neste sentido, por exemplo, é considerada ofensiva da integridade moral a expressão “tonto” dirigida ao outro cônjuge (ver o Ac. do TRL de 2007/05/10, processo n.º 3413/2007-6, relator Olindo Galdes, disponível em www.dgsi.pt). Sendo um dever de *non facere*, o dever de respeito, além de implicar que não se podem causar injúrias directas ao outro cônjuge, sugere que os cônjuges não devem adoptar actos susceptíveis de provocar injúrias indirectas e afectar o casal enquanto uma unidade moral. Desta forma, indica-se que os cônjuges não podem comportar-se de modo desonroso e indigno, o que os torna desmerecedores no conceito público, pois a honra, a dignidade e a reputação de um deles estão estreitamente ligadas à honra, à dignidade e à reputação do outro. Por exemplo, no Ac. do TRC de 2004/05/18 (processo n.º 1065/04, relator Dr. Isaiás Pádua, disponível em www.dgsi.pt), o Tribunal considerou que o facto de o cônjuge “*se encontrar preso... mormente se se tratar de uma segunda detenção e num espaço de tempo curto*” violou o dever conjugal de respeito, por tal afectar não somente a reputação do próprio cônjuge que ficou preso, mas também a do outro. Por outro lado, no sentido positivo, o dever de respeito não impõe que se amem um ao outro, visto ser

apesar de a concessão do divórcio depender só da existência da ruptura irreversível do casamento, os factos que consubstanciam o incumprimento dos deveres conjugais continuam a relevar, no sentido de que podem ser considerados como demonstrativos da ruptura irreversível do vínculo matrimonial.

impossível que o Direito objectivo imponha sentimentos. Porém, os cônjuges devem prestar o mínimo de atenção um ao outro. É de sublinhar que o dever de respeito é considerado como um dever residual, que apenas se encontra violado por actos que não infrinjam directamente qualquer dos outros deveres previstos no art. 1672.º do CCp.

O dever de fidelidade, por seu turno, é um puro dever de *non facere* que impõe a abstenção de ter contactos sexuais com indivíduos que não sejam o cônjuge. Importa destacar que o facto de ter contactos sexuais com outros indivíduos (elemento objectivo) não basta para constituir o adultério – tais relações têm ainda que ser praticadas com a intenção ou a consciência da violação do dever de fidelidade (elemento subjectivo). Acresce que, tanto a consumação como a tentativa do adultério são consideradas como violadoras do dever de fidelidade. Além da infidelidade material, a que corresponde o adultério, é uma outra forma da violação deste dever a infidelidade moral, ou seja, a existência de uma “*mera ligação sentimental ou platónica*” (Ac. do STJ de 1996/12/10, processo n.º 96A349, relator Silva Paixão, disponível em www.dgsi.pt) com outros indivíduos.

A coabitação, por sua vez, corresponde à comunhão de leito, mesa e habitação. A comunhão de leito envolve o compromisso de ter relações sexuais com o outro cônjuge (*debitum conjugale*); a comunhão de mesa consiste em viver numa economia comum; e a comunhão de habitação refere que os cônjuges, em princípio, devem habitar na residência da família escolhida de comum acordo ou fixada pelo tribunal (no caso da falta de acordo), salvo se tiverem motivos ponderosos em contrário, por exemplo, exigências da vida profissional ou motivos de saúde (art. 1673.º do CCp) – nestes casos, como já mencionámos, a não adopção da residência familiar não constitui a separação de facto para o efeito de decretar o divórcio, caso ambos os cônjuges tenham a intenção de restabelecer a comunhão de vida assim que possível (arts. 1781.º, a) e 1782.º, n.º 1 do CCp).

O dever de cooperação, conforme previsto no art. 1674.º do CCp, obriga os cônjuges a socorrer e auxiliarem-se mutuamente, isto é, a amparo recíproco quer nos momentos de felicidade quer nos momentos de dores e sofrimentos, e a assunção, em conjunto, das responsabilidades intrínsecas à vida familiar. Com efeito, os cônjuges não apenas têm de se ajudar mutuamente, mas também têm de trabalhar em comum, cuidando da família.

Por último, o dever de assistência, consagrado no art. 1675.º do CCp, refere-se mais à assistência material, abrangendo duas obrigações – a de prestação de alimentos e a de contribuir para os encargos da vida familiar. Efectivamente, aquela primeira obrigação apenas assume autonomia no caso de os cônjuges estarem separados quer de direito quer de facto. No caso de viverem juntos, o dever de prestar alimentos encontra-se absorvido pelo dever de contribuir para os encargos da vida familiar. Note-se que a lei impõe ao “único ou principal culpado”, no caso de os cônjuges estarem separados de facto, um dever de prestar alimentos ao outro cônjuge, o que nos parece muito estranho, pois a manutenção do relevo da culpa, neste âmbito, é contraditória à atitude do legislador no sentido de a eliminar mediante a entrada em vigor da Lei n.º 61/2008. Ver *supra*, 4.2.2.2. Por outro lado, consoante o art. 1676.º do CCp, o dever de contribuir para os encargos da vida familiar impõe-se nos mesmos termos a ambos os cônjuges, podendo ser cumprido tanto através da afectação dos seus recursos como através do trabalho em casa ou na criação e educação dos filhos. Como já referimos, a lei consagra expressamente, no art. 1676.º, n.º 2 do CCp, a possibilidade de o cônjuge, cuja contribuição tenha atingido um grau apreciavelmente superior ao que era obrigado, solicitar do outro a respectiva compensação no momento do divórcio, dado que renunciou de modo excessivo à satisfação dos seus próprios interesses em favor da vida em comum, com danos patrimoniais significativos.

É certo que o incumprimento dos deveres conjugais é susceptível de evidenciar a existência da ruptura irremediável do matrimónio, levando em consideração que a plena comunhão de vida, característica do matrimónio, se encontra essencialmente traduzida nesses deveres (art. 1577.º do CCp).

Perante a mudança drástica da concepção do casamento e a tendência para a privatização do mesmo, há quem questione a necessidade da manutenção de um elenco dos deveres conjugais tão pormenorizado. Cfr. CARVALHO, FIDÉLIA PROENÇA DE, “O conceito de culpa...”, pp. 593-595; CORTE-REAL, CARLOS PAMPLONA, “Relance crítico...”, p. 117.

Importa notar que o que releva para demonstrar a ruptura definitiva do casamento é a prova de factos objectivos que constituem a inobservância dos deveres conjugais, mas não a prova de culpa dos cônjuges¹⁴³. Consoante já referimos, a culpa encontra-se, hoje, totalmente afastada como fundamento do divórcio – ou seja, como pressuposto da constituição do direito potestativo ao divórcio –, sendo ela completamente irrelevante para a determinação da existência da ruptura da comunhão de vida e para o decretamento do divórcio. Os factos invocados e provados serão valorados de modo objectivo, independentemente de culpa, na avaliação da verificação da ruptura definitiva do matrimónio. Repetimos que a ideia subjacente à alínea d) é a do divórcio-constatação da ruptura, sendo decretado o divórcio, desde que se verifique a ruptura objectiva e definitiva do casamento, ruptura que pode ser demonstrada através da prova de factos objectivos que traduzem o incumprimento dos deveres conjugais.

Se é verdade que a violação dos deveres conjugais “*evidencia, acentua e clarifica a ruptura definitiva do casamento*”¹⁴⁴, é também certo que as situações da ruptura definitiva do matrimónio não se cingem às situações em que se verifique a violação dos deveres conjugais. Ao abrigo da alínea d) do art. 1781.º do CCp, a existência da ruptura irreversível do casamento pode ser provada por “quaisquer outros factos”, que consubstanciem ou não o incumprimento dos deveres conjugais. Pode ser difícil pensar em situações em que não há qualquer facto que constitua a inobservância dos deveres conjugais, mas em que se verifica uma ruptura irremediável do matrimónio. “*O caso em que os cônjuges mantêm uma persistente relação conflituosa, com discussões e desentendimentos constantes, com a conseqüente perda de afectividade entre ambos, provocando sentimentos de mal-estar, angústia e sofrimento*”¹⁴⁵, a nosso ver, pode constituir um exemplo destas situações.

Acresce que, é fundamental ter presente que os factos alegados para demonstrar a ruptura irreversível do casamento, prevista na alínea d) do art. 1781.º do CCp, têm de ser

¹⁴³ De facto, como considera FRANCISCO MANUEL DE BRITO PEREIRA COELHO, o que é reveladora da ruptura definitiva do vínculo conjugal não é a culpa – se existe – na violação dos deveres conjugais, mas antes “*a simples voluntariedade na adopção de comportamentos contrários àquilo que seria “uma plena comunhão de vida”, e voluntariedade com o significado de o agente pretender marcar, de alguma forma, uma posição de “ruptura”*”. COELHO, FRANCISCO MANUEL DE BRITO PEREIRA, “Deveres conjugais...”, cit., pp. 61-62.

¹⁴⁴ RAMIÃO, TOMÉ DE ALMEIDA, *O divórcio...*, cit., p. 76.

¹⁴⁵ RAMIÃO, TOMÉ DE ALMEIDA, *O divórcio...*, cit., p. 77.

objectivos, passíveis de constatação, no sentido de que a simples alegação da cessação do afecto por parte de um dos cônjuges não é suficiente para relevar a existência dessa ruptura. A fim de constituir fundamento do divórcio sem consentimento do outro cônjuge, é obrigatório que a cessação do afecto se reflecta em comportamentos comprováveis¹⁴⁶.

Por outro lado, importa ressaltar que não basta, para o efeito de decretar o divórcio com base na alínea d) do art. 1781.º do CCp, que os factos alegados e provados revelem uma ruptura simplesmente esporádica ou temporária. É essencial que a ruptura se mostre como definitiva, no sentido de ser irreversível, irremediável, sem nenhuma possibilidade de restabelecimento da relação matrimonial e da plena comunhão de vida, própria do casamento¹⁴⁷. Aliás, parece-nos útil que o juiz recorra aos conceitos de “gravidade”, “reiteração” e “impossibilidade da vida em comum”, usados antigamente no âmbito de violação culposa dos deveres conjugais (antigo art. 1779.º do CCp)¹⁴⁸, para ajudar a determinar se certos factos revelam a ruptura definitiva do matrimónio.

É de notar ainda que a ruptura irremediável da relação conjugal tem de ser determinada em função de um cônjuge ideal, dito de outro modo, um cônjuge razoável, de normal formação e são entendimento, imbuído das actuais concepções dominantes e inspiradas pela reforma de 2008 do casamento¹⁴⁹. Em suma, a ideia que está subjacente à alínea d) é a de que não se pode obrigar o cônjuge a um sacrifício que ultrapasse o limite do razoável para a manutenção do casamento, quando ele alegar e provar factos susceptíveis de mostrar objectiva e claramente a ruptura irremediável da comunhão de vida.

Por fim, reiteramos que o divórcio a-pedido não é admitido no âmbito da alínea d) do art. 1781.º do CCp, sendo sempre essencial que o cônjuge autor alegue e prove factos objectivos, demonstrativos da ruptura irreversível do casamento, para a concessão do divórcio.

Hoje, o decretamento do divórcio sem consentimento do outro cônjuge depende da verificação da ruptura objectiva do vínculo matrimonial. É de destacar que a existência da

¹⁴⁶ XAVIER, RITA LOBO, “Direito ao divórcio...”, cit., p. 502.

¹⁴⁷ RAMIÃO, TOMÉ DE ALMEIDA, *O divórcio...*, cit., p. 78.

¹⁴⁸ Cfr. PINTO, FERNANDO BRANDÃO FERREIRA, *Causas do divórcio...*, cit., pp. 101-106; DELGADO, ABEL, *O divórcio*, cit., pp. 89-100.

¹⁴⁹ RAMIÃO, TOMÉ DE ALMEIDA, *O divórcio...*, cit., p. 78.

ruptura é presumida *iuris et de iure* nas situações em que se verifica a separação de facto por um ano consecutivo (alínea a) do art. 1781.º do CCp), a alteração das faculdades mentais do outro cônjuge que dure há mais de um ano (alínea b) do mesmo artigo), ou a ausência sem notícias por tempo não inferior a um ano (alínea c)). Em outras situações, o cônjuge que deseja obter o divórcio tem que provar outros factos passíveis de revelar objectivamente a ruptura definitiva do matrimónio (alínea d)). Desta forma, concluímos que o ordenamento jurídico português consagra actualmente o sistema do divórcio-constatação da ruptura do casamento¹⁵⁰.

5. Esboço do regime jurídico do divórcio unilateral na Espanha

5.1. Evolução legislativa do regime

No outro lado da Península Ibérica, porém, o ordenamento jurídico espanhol acolhe manifestamente o sistema do divórcio a-pedido com a introdução, pela Lei 15/2005 de 8 de Julho, da figura popularmente chamada de “divórcio expreso”¹⁵¹. Assim, actualmente na Espanha, qualquer um dos cônjuges pode solicitar o divórcio unilateralmente sem necessidade de alegar ou provar qualquer causa para o mesmo, desde que estejam decorridos três meses após a celebração do matrimónio. Ora, consideramos pertinente expor a evolução legislativa do divórcio unilateral na Espanha, antes de apresentarmos o regime actual deste.

5.1.1. A Lei do Divórcio de 1932

O divórcio foi introduzido no ordenamento jurídico espanhol apenas no século XX, com a Lei do Divórcio de 2 de Março de 1932. Antes da promulgação desta lei, o Código

¹⁵⁰ No mesmo sentido, cfr. COELHO, FRANCISCO MANUEL PEREIRA e OLIVEIRA, GUILHERME DE, *Curso de direito da família*, cit., p. 690; CORTE-REAL, CARLOS PAMPLONA e PEREIRA, JOSÉ SILVA, *Direito da Família...*, cit., p. 20-21; SOUSA, RABINDRANATH CAPELO DE, “Recentes alterações em direito da família, direito dos menores e direito das sucessões”, in *Boletim da Faculdade de Direito*, vol. 89, Coimbra, 2013, p. 120 e “As alterações legislativas familiares recentes e a sociedade portuguesa”, in *Textos de direito da família para Francisco Pereira Coelho*, OLIVEIRA, GUILHERME DE (coord.), Imprensa da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2016, p. 532; 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 *E foram felizes para sempre ...? Uma análise crítica do novo regime jurídico do divórcio*, SOTTOMAYOR, MARIA CLARA e ALMEIDA, MARIA TERESA FÉRIA DE (coord.), Wolters Kluwer Portugal-Coimbra Editora, Coimbra, 2010, p. 154 e ss.. Note-se que há quem considere que se consagra hoje, no ordenamento jurídico português, um sistema misto do divórcio-remédio e do divórcio-constatação da ruptura. Ver PINHEIRO, JORGE DUARTE, *O direito...*, cit., p. 506.

¹⁵¹ ALBALADEJO, MANUEL, *Curso de derecho civil*, vol. 4, 11.ª ed., Edisofer, Madrid, 2008, pp. 79-80.

Civil de 1889 não admitia o divórcio no seu sentido próprio, isto é, como causa de dissolução do casamento. Na verdade, não obstante o regime do “divórcio” ser consagrado no Código Civil de 1889, ele equivalia, no fundo, à figura jurídica da separação e só tinha como efeito a suspensão da vida em comum. É de sublinhar que esta confusão gerada pela denominação persistiu até à Lei de 24 de Abril de 1958, que substituiu o termo “divórcio” pelo termo “separação conjugal”¹⁵².

Na sequência da proclamação da Segunda República Espanhola, foi aprovada a Constituição de 1931, cujo art. 43.º estabelecia o princípio de que o casamento podia ser dissolvido por mútuo consenso, no sentido de pôr fim à relação conjugal, ou através de requerimento apresentado por qualquer um dos cônjuges, com justa causa. Este princípio foi concretizado na lei ordinária por meio da já citada Lei do Divórcio de 1932. Na vigência desta lei, o divórcio unilateral podia ser solicitado só pelo cônjuge inocente, com fundamento em alguma das causas legalmente consagradas, nas quais se incluíam causas subjectivas e culposas – por exemplo, adultério e bigamia –, e também causas objectivas e não culposas – por exemplo, a perturbação mental (art. 3.º¹⁵³ e 5.º)¹⁵⁴. Deste modo, era já previsto, na época, o sistema misto do divórcio-sanção e do divórcio-remédio.

¹⁵² LASARTE ÁLVAREZ, CARLOS, *Derecho de familia*, vol. 6, 11.ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2012, p. 96; ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, LUIS, *El matrimonio y los nuevos modelos de familia*, Las Rozas: Wolters Kluwer, Madrid, 2019, pp. 497-498.

¹⁵³ Segundo este artigo, eram causas do divórcio (nossa tradução livre):

“1.ª O adultério não consentido ou não facilitado pelo cônjuge que o alegue;

2.ª A bigamia...;

3.ª A tentativa do marido para prostituir a sua mulher ou o conluio de marido e mulher para corromper os seus filhos ou prostituir as suas filhas, e a conivência na sua corrupção ou prostituição;

4.ª O desaparecimento da família injustificado;

5.ª O abandono culposo do cônjuge por um ano;

6.ª A ausência do cônjuge por dois anos desde a declaração judicial deste estado;

7.ª O atentado de um cônjuge contra a vida do outro, dos filhos comuns ou dos filhos de um daqueles; o mau trato físico e as injúrias graves;

8.ª A violação de algum dos deveres matrimoniais e a conduta imoral ou desonrosa de um dos cônjuges, que produza perturbação no casamento e que torne insuportável, para o outro cônjuge, a continuação da vida em comum;

9.ª A doença contagiosa e grave, de carácter venéreo, contraída em relações sexuais fora do casamento e depois da sua celebração, ou a contraída antes, mas ocultada culposamente do outro cônjuge no momento da celebração do casamento;

10.ª A doença grave de modo a permitir presumir razoavelmente que produz, no seu desenvolvimento, uma incapacidade definitiva para o cumprimento de alguns dos deveres matrimoniais, ou a doença contagiosa, ambas contraídas antes do casamento e culposamente ocultadas no momento da celebração do casamento;

11.ª A condenação do cônjuge a pena de privação da liberdade superior a dez anos;

12.ª A separação de facto em residências separadas, livremente consentida durante três anos;

13.ª A perturbação mental de um dos cônjuges, quando impeça a convivência espiritual em termos gravemente prejudiciais para a família e que exclua qualquer presunção racional de que aquela se pode restabelecer definitivamente...”

¹⁵⁴ ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, LUIS, *El matrimonio...*, cit., p. 498.

Os efeitos da Lei do Divórcio de 1932 foram suspensos pelo Decreto de 2 de Março de 1938, vindo aquela lei a ser derogada, imediatamente, depois da vitória de Franco na Guerra Civil Espanhola, pela Lei de 23 de Setembro de 1939¹⁵⁵. Desta maneira, o divórcio voltou a ser proibido no ordenamento jurídico espanhol, no regime de Franco, que afirmou, no *Fuero de los Españoles* de 1945, o princípio da indissolubilidade do casamento.

5.1.2. A Lei 30/1981

O debate social e político acerca do divórcio renasceu no período de transição para a democracia que se seguiu ao falecimento de Franco. Todavia, diferente do que tinha acontecido na Constituição Republicana de 1931, a Constituição de 1978 – a Constituição hoje ainda vigente – não impõe a consagração do divórcio, deixando somente ao legislador ordinário a regulação das formas de matrimónio, das causas de separação e dissolução do matrimónio e dos seus efeitos no art. 32.º, n.º 2. Mesmo assim, é pertinente destacar que a indissolubilidade do casamento deixou de constituir princípio constitucional¹⁵⁶.

Num ambiente social onde a legalização do divórcio foi fortemente sustentada, o legislador ordinário tomou a decisão de reintroduzir o divórcio no ordenamento jurídico espanhol com a Lei 30/1981 de 7 de Julho, que modificou o Código Civil.

A Lei do Divórcio de 1981 adoptava o sistema causalista, ou seja, era sempre imprescindível invocar e provar a verificação de alguma das causas, consagradas no (antigo) art. 86.º do CCe, para que o divórcio pudesse ser decretado. Com efeito, entre as cinco causas previstas no dito artigo, quatro delas faziam referência à cessação efectiva da convivência conjugal, sendo a única excepção, isto é, a única situação em que a cessação efectiva da convivência conjugal não era requerida para que o divórcio fosse decretado, o caso de condenação por sentença transitada em julgado, por atentado contra a vida do cônjuge, dos seus ascendentes ou dos seus descendentes (antigo art. 86.º, n.º 5 do CCe).

Em outras situações, a cessação efectiva da convivência conjugal era indispensável, a fim de que o divórcio fosse concedido. Sendo o pressuposto do divórcio na maioria das situações a cessação da convivência, esta consubstanciava-se numa separação prévia, quer de facto quer decretada judicialmente. Por outras palavras, a separação mostrava-se como exigência prévia ao divórcio. Desta forma, com a finalidade de entender melhor as causas

¹⁵⁵ LASARTE ÁLVAREZ, CARLOS, *Derecho de familia*, cit., p. 96.

¹⁵⁶ MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, CARLOS, *Curso de derecho civil*, vol. 4, 2.ª ed., Colex, Madrid, 2008, p. 163.

com base nas quais se podia pedir o divórcio, importa frisar que a separação judicial podia ser decretada a pedido de ambos os cônjuges, ou de um deles, mas com o consentimento do outro, desde que tivesse decorrido um ano de matrimónio e o pedido fosse acompanhado com a proposta de acordo reguladora das consequências da separação (antigo art. 81.º, n.º 1 do CCe); ou a requerimento de um dos cônjuges, no caso de o outro ter incorrido em alguma das causas legais de separação (antigo art. 81.º, n.º 2 do CCe), como por exemplo, a violação grave ou reiterada dos deveres matrimoniais (antigo art. 82.º do CCe¹⁵⁷).

Como acabámos de dizer, quatro das cinco causas do divórcio faziam referência à cessação efectiva da convivência conjugal – traduzida na separação. Efectivamente, o prazo desta cessação requerido para o decretamento do divórcio diferia de caso para caso, sendo consagrados três tipos de prazo diferentes. Em primeiro lugar, o divórcio podia ser solicitado com base na cessação efectiva da convivência conjugal durante um ano consecutivo – isto é, ininterrupto –, contado da data da instauração do pedido de separação judicial formulado por ambos os cônjuges, ou por um deles mas com o consentimento do outro, desde que aquele pedido de separação fosse instaurado após o decurso de um ano depois da celebração do matrimónio (antigo art. 86.º, n.º 1 do CCe); ou contado da data do trânsito em julgado da decisão¹⁵⁸ que decretasse a separação judicial em acção proposta por um dos cônjuges contra o outro, com fundamento nas causas consagradas no (antigo) art. 82.º do CCe (antigo art. 86.º, n.º 2 do CCe).

Em segundo lugar, o divórcio podia ser solicitado com base na cessação efectiva da convivência conjugal durante pelo menos dois anos consecutivos, contanto que a separação de facto fosse livremente consentida por ambos os cônjuges (antigo art. 86.º, n.º 3, a) do CCe); ou quando o cônjuge que solicitou o divórcio acreditasse que, ao começar a separação

¹⁵⁷ Segundo este artigo, eram causas de separação unilateral (nossa tradução livre):

“1.ª O abandono injustificado do lar, a infidelidade conjugal, a conduta injuriosa ou vexatória e qualquer outra violação grave ou reiterada dos deveres conjugais...;

2.ª Qualquer violação grave ou reiterada dos deveres de respeito pelos filhos comuns ou pelos filhos de qualquer dos cônjuges que vivam juntos no lar familiar;

3.ª A condenação a pena de privação da liberdade superior a seis anos;

4.ª O alcoolismo, a toxicod dependência ou as perturbações mentais, sempre que o interesse do outro cônjuge ou o da família exija a suspensão da convivência;

5.ª A cessação efectiva da convivência conjugal, isto é, a separação de facto livremente consentida durante seis meses...;

6.ª A cessação efectiva da convivência conjugal, isto é, a separação de facto por três anos;

7.ª Qualquer das causas do divórcio consagradas nos números 3.º, 4.º e 5.º do artigo 86.º”

¹⁵⁸ Ou se, após o decurso daquele prazo, não houvesse decisão acerca do recurso interposto da decisão que decretasse a separação.

de facto, o outro cônjuge tinha incorrido em causa de separação (antigo art. 86.º, n.º 3, b) do CCe); ou desde o trânsito em julgado da decisão de separação judicial (antigo art. 86, n.º 3, a) do CCe); ou desde a declaração de ausência legal¹⁵⁹ de um dos cônjuges (antigo art. 86, n.º 3, a) do CCe).

Por fim, o divórcio podia ser pedido, ainda, com base na cessação efectiva da convivência conjugal, ou seja, na separação de facto, por pelo menos cinco anos (antigo art. 86.º, n.º 4 do CCe)¹⁶⁰.

Note-se que qualquer um dos cônjuges tinha a legitimidade para propor a acção de divórcio com base nessas causas, salvo nos casos previstos no (antigo) art. 86.º, n.º 3, b) do CCe e no (antigo) art. 86.º, n.º 5 do CCe, onde a legitimidade activa pertencia, em exclusivo, a um deles, dependendo da situação.

Visto que a principal causa do divórcio, ao abrigo da Lei 30/1981, consistia na cessação efectiva da convivência conjugal, é possível afirmar que o ordenamento jurídico espanhol aderiu ao sistema do divórcio-constatação da ruptura, embora se verificassem também alguns vestígios da concepção do divórcio-sanção, no caso em que se decretasse o divórcio por referência à separação judicial, com base na violação dos deveres conjugais.

5.1.3. A Lei 15/2005

A grande inovação introduzida no regime do divórcio, pela Lei 15/2005 de 8 de Julho, traduz-se no abandono do sistema causalista previsto pela Lei 30/1981, o que significa que não é necessário, actualmente, alegar e provar a existência de qualquer causa, para que o divórcio possa ser decretado a requerimento de qualquer um dos cônjuges. Na verdade, hoje, o regime jurídico do divórcio na Espanha é reconhecido como paradigmático do sistema do divórcio a-pedido, como veremos mais pormenorizadamente na secção seguinte.

5.2. O regime actual do divórcio unilateral, introduzido pela Lei 15/2005

¹⁵⁹ Por seu turno, a declaração de ausência exigia, conforme o artigo 183.º do CCe, pelo menos um ano de falta da convivência conjugal e de notícias do ausente.

¹⁶⁰ LASARTE ÁLVAREZ, CARLOS, *Derecho de familia*, cit., pp. 98-101; COSTA, EVA DIAS, *Da relevância da culpa...*, cit., pp. 52-55.

5.2.1. Ideologia inspiradora do regime

Ora, a Exposição de motivos da Lei 15/2005¹⁶¹ justifica a reforma do regime jurídico do divórcio com as carências e as disfunções da Lei 30/1981, que se tornaram cada vez mais evidentes após decorrido quase um quarto de século depois da sua entrada em vigor. De facto, a realidade social do século XXI é já bastante diferente da que existia quando foi promulgada a Lei 30/1981, pelo que a Lei 30/1981 revelou-se inadequada perante as exigências da sociedade espanhola actual, nomeadamente perante a forma actual de encarar o casamento. Nos dias de hoje, o casamento encontra-se como “*a veste jurídica de uma relação interpessoal de afectividade*”¹⁶², cuja manutenção depende, em todo o momento, da voluntariedade dos cônjuges. Assim que a afectividade, melhor dizendo, a vontade de se manter no casamento desapareça, o casamento deixa de cumprir a sua função, devendo ser decretado o divórcio sem demora. A concepção do divórcio como sanção é já ultrapassada. Para o legislador espanhol, os processos de separação e de divórcio, previstos na Lei 30/1981, não serviram para resolver as crises matrimoniais, mas antes as agravaram, ou até as prolongaram de modo a que durassem mais tempo do que a própria convivência conjugal. Observa o legislador que, na aplicação da Lei 30/1981, os tribunais espanhóis, perante as mudanças substanciais na maneira de encarar o matrimónio, tenderam a evitar a inutilidade de sacrificar a vontade dos indivíduos e evitar a morosidade na dissolução da relação matrimonial por razões incompreensíveis para as partes vinculadas^{163 164}. Desta forma, vê a necessidade de agilizar a dissolução do casamento, no caso de este ter deixado de cumprir a sua finalidade, a nível legislativo.

¹⁶¹ Disponível em www.boe.es.

¹⁶² Palavras de LÓPEZ AGUILAR, o então Ministro da Justiça, citadas por CARRIÓN OLMOS, SALVADOR, “Separación y divorcio tras la Ley 15/2005, de 8 de julio”, in *Comentarios a las Reformas de Derecho de Familia de 2005*, RAMÓN DE VERDA Y BEAMONTE, JOSÉ (coord.), Aranzadi, Madrid, 2006, p. 170.

¹⁶³ Exposição de motivos da Lei 15/2005.

¹⁶⁴ Efectivamente, antes da reforma de 2005, a dificuldade da prova das causas da separação e do divórcio, por exemplo, da conduta vexatória do outro cônjuge, já levou os tribunais espanhóis a proceder a uma interpretação mais condescendente do art. 82.º e 86.º do CCe (nas suas redacções anteriores) e admitir que o desaparecimento da *affectio maritalis*, isto é, a falta da intenção de se manter na comunhão de vida, podia ser considerada como causa da separação e do divórcio. Deste modo, pode dizer-se que a Lei 15/2005 não faz nada mais que converter o *usus fori* em lei. Cfr., entre outros, SAP de Barcelona, 18.ª secção, 7512/2000 de 2000/06/08; SAP de Madrid, 24.ª secção, 10950/2001 de 2001/07/18; SAP de Ciudad Real, 2.ª secção, 749/2003 de 2003/10/13; SAP de Cádiz, 5.ª secção, 1774/2004 de 2004/11/15, todos disponíveis em www.poderjudicial.es. Na doutrina, CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, GUILLERMO, *Matrimonio...*, cit., p. 71; LOURDES MARTÍNEZ DE MORENTIN LLAMAS, MARÍA, “La supresión de las causas de separación en nuestro ordenamiento”, *Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, n.º 19, 2006, p. 22.

É neste contexto que o legislador espanhol destaca que a liberdade, como valor superior do ordenamento jurídico, merece uma maior reflexão no âmbito do casamento. Sendo o casamento uma instituição jurídica de elevada relevância social, através da qual os cidadãos desenvolvem a sua personalidade, considera essencial ampliar a liberdade do cônjuge de exercer a faculdade de requerer a dissolução deste, quando já não quer manter-se casado. Com o devido respeito pelo livre desenvolvimento da personalidade, o legislador entende que ninguém deve permanecer casado contra a sua vontade, pelo que é inaceitável fazer depender o exercício do direito de se divorciar da demonstração da verificação das causas legalmente consagradas, ou de uma separação prévia, quer de facto quer judicial. A única causa determinante do divórcio é a vontade de pôr fim ao casamento, expressa no pedido de divórcio. Sublinha que o afastamento da separação como requisito prévio ao divórcio implica, em simultâneo, a redução de custos, tanto económicos como pessoais, decorrentes da necessidade do duplo procedimento¹⁶⁵.

Em síntese, a Lei 15/2005 visa reforçar a liberdade dos cônjuges no casamento, tendo em consideração que a manutenção da vida em comum depende da vontade contínua de ambos os cônjuges. Neste sentido, basta que um dos cônjuges não deseje a manutenção do matrimónio para que possa solicitar o divórcio unilateralmente. A lei apenas exige, para este efeito, o decurso de três meses desde a celebração do casamento – requisito temporal que pode, aliás, ser afastado, se os interesses dos filhos ou do cônjuge autor justificarem a dissolução antecipada do casamento –, e que a solicitação de divórcio seja acompanhada com a proposta de medidas reguladoras dos efeitos do divórcio. Assim, a intervenção do Tribunal é minimizada e limitada à verificação do cumprimento do requisito temporal. Com

¹⁶⁵ Exposição de motivos da Lei 15/2005; JAVIER FORCADA MIRANDA, FRANCISCO, “Las últimas reformas legales en España sobre el derecho a contraer matrimonio y en materia de separación y divorcio: puntos de reflexión”, *Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, n.º 17, 2005, pp. 30-31.

o abandono do sistema causalista¹⁶⁶, o Tribunal não pode, em nenhum caso, avaliar os motivos que levem os cônjuges a tomar a decisão de pôr fim ao casamento^{167 168}.

5.2.2. Requisitos do divórcio unilateral

Hoje em dia, a fim de solicitar o divórcio unilateral na Espanha, não é necessário alegar e provar a ocorrência de qualquer causa, nem passar por uma separação de facto ou judicial prévia. Como mencionamos antes, basta a vontade unilateral de um dos cônjuges. O legislador espanhol somente requer o decurso do prazo de três meses, a contar da data da celebração do casamento, e que o pedido seja acompanhado com a proposta de medidas reguladoras dos efeitos do divórcio, para que o divórcio seja decretado a pedido de um dos cônjuges. É de sublinhar que nas situações em que se prova a existência de risco para a vida, a integridade física, a liberdade, a integridade moral ou a liberdade e integridade sexual do cônjuge autor, dos filhos comuns ou de qualquer outro membro do casamento¹⁶⁹, nem é preciso o decurso do período de três meses (art. 81.º, n.º 2 do CCe, aplicável por remissão do art. 86.º do CCe) – trata-se de uma exceção do prazo requerido.

¹⁶⁶ Há quem duvide da constitucionalidade do abandono do sistema causalista, ou seja, da consagração do “divórcio sem causa” na Lei 15/2005, pois parece que o art. 32.º, n.º 2 da CE, ao deixar ao legislador ordinário a determinação das “causas” da dissolução do casamento, exige a manutenção da previsão das “causas” com base nas quais se pode solicitar o divórcio. Neste sentido, é de salientar que vários autores defendem que a reforma do regime do divórcio, operada pela Lei 15/2005, é compatível com o art. 32.º, n.º 2 da CE, porque entendem que a nova lei não omite a menção de causas do divórcio, mas antes estabelece uma única causa: a vontade unilateral de um dos cônjuges de não se manter casado. Uma vez instaurado o pedido de divórcio, presume-se *iuris et de iure* que esta causa existe. Para maiores desenvolvimentos, cfr. TRIGO GARCÍA, BELÉN, “La introducción de la separación y el divorcio sin causa en el derecho español (Ley 15/2005, de 8 de julio)”, *Dereito*, vol. 14, n.º 2, 2005, pp. 12-14; CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, GUILLERMO, *Matrimonio...*, cit., p. 38 e ss..

Por outro lado, também no sentido crítico à reforma de 2005, há quem parta do ponto de vista do casamento como negócio sinalagmático, e argumente que os negócios sinalagmáticos não podem ser resolvidos por vontade unilateral, sem alegação de causa. Contra este argumento frisa-se que é inadequado equiparar o casamento aos contratos de natureza meramente patrimonial e o divórcio à resolução do contrato, considerando que o casamento, mesmo que seja um contrato, é um contrato *sui generis*. Cfr. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, GUILLERMO, *Matrimonio...*, cit., p. 63 e ss.; LASARTE ÁLVAREZ, CARLOS, “Merecido adiós al sistema causalista en las crisis matrimoniales”, *Actualidad jurídica Aranzadi*, n.º 655, 2005, pp. 10-11.

¹⁶⁷ GARCÍA PRESAS, INMACULADA, “El derecho de familia en España desde las últimas reformas del Código Civil”, in *Actas del I Congreso Ibero-Asiático de Hispanistas Siglo de Oro e Hispanismo general*, MAURYA, VIBHA e INSÚA CERECEDA, MARIELA (coord.), 2011, pp. 257-258.

¹⁶⁸ Para os debates aquando da tramitação parlamentar da Lei 15/2005, ver CARRIÓN OLMOS, SALVADOR, “Separación y divorcio...”, cit., pp. 167-173.

¹⁶⁹ Pode ser difícil compreender o que se entende aqui por “qualquer outro membro do casamento”, que não é o cônjuge autor. Naturalmente, não pode referir-se ao cônjuge que provoca tal risco, embora seja o único membro do casamento, para além do cônjuge autor. É possível que o legislador tenha pretendido mencionar os outros membros da família, por exemplo, os filhos só do autor ou só do réu, ou os ascendentes e colaterais, sobretudo no caso de viverem com os cônjuges. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, CARLOS, *Curso de derecho civil*, cit., p. 156.

Se é inquestionável que o *dies a quo* do prazo de três meses corresponde à data da celebração do matrimônio, ou seja, se inicia a contagem de três meses a partir da celebração do casamento, o mesmo já não sucede com o *dies ad quem* do prazo. Com efeito, enquanto alguns consideram que o prazo de três meses tem de ser completado à data da interposição do pedido de divórcio, outros defendem que o pedido pode ser interposto ainda antes do completamento do prazo. Os primeiros justificam o seu entendimento com o argumento de que o prazo de três meses serve como o período de reflexão antes de decretar o divórcio, e os segundos, em contrapartida, sugerem que a economia processual permite uma interpretação flexível da norma, pelo que o tempo decorrido na pendência do processo pode ser considerado para o efeito do preenchimento do prazo. Para estes últimos, o fundamental é que o prazo se complete antes da sentença¹⁷⁰.

Resulta da letra da lei que a resposta é clara, sendo imprescindível que o prazo de três meses esteja completamente decorrido, na data da apresentação do pedido. O decurso do prazo é apenas dispensável nos casos excepcionais mencionados *supra*. Em outras situações, é sempre essencial o completamento do prazo antes da interposição do pedido. De resto, pode dizer-se que o prazo de três meses é tão curto que qualquer outro entendimento levaria à amortização da previsão do prazo¹⁷¹.

Por último, é de ressaltar que a consagração do prazo de três meses após a celebração do casamento tem gerado muitas dúvidas na doutrina espanhola, existindo muitos autores que duvidam da função e da utilidade deste prazo extremamente curto. Há até quem considere que a exigência do prazo é inconstitucional, por ser contrária ao fundamento constitucional – liberdade e livre desenvolvimento da personalidade – da reforma de 2005. Além disso, para alguns autores, a previsão das situações excepcionais, onde não é necessário esperar pelo decurso do prazo de três meses (art. 81.º, n.º 2 do CCe), representa o regresso à ideia do divórcio-sanção, ideia que a reforma visou eliminar¹⁷².

Na verdade, é inegável que o prazo de três meses é arbitrário. Mesmo que se entenda que serve como período de reflexão e permite que a crise matrimonial se revele definitiva e a decisão de divórcio seja madura, o prazo previsto parece demasiado breve para cumprir esta função. Ora, quanto a esta questão, já na tramitação parlamentar da Lei 15/2005, o

¹⁷⁰ ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, LUIS, *El matrimonio...*, cit., p. 507.

¹⁷¹ ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, LUIS, *El matrimonio...*, cit., p. 507.

¹⁷² CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, GUILLERMO, *Matrimonio...*, cit., p. 82, notas 103 e 104.

deputado VILLARRUBIA MEDIAVILLA admitiu que optaram pela consagração do prazo de três meses, não obstante não haver grande justificação para tal, por não considerarem que o estabelecimento do prazo, razoavelmente curto, viole qualquer tipo de direitos. Na esmagadora maioria dos casos em que se justifica o divórcio antes do decurso dos primeiros três meses do casamento, o cônjuge pode recorrer à nulidade matrimonial (art. 73.º e ss. do CCe) ou à excepção do prazo (art. 81.º, n.º 2 do CCe). Nos restantes casos, o prazo de três meses não é demasiado longo de maneira a provocar injustiças gritantes. Talvez, como menciona ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, o legislador espanhol só consagre o prazo, tendo em vista aquelas pessoas que acham difícil aceitar a facilidade extraordinária de dissolver o vínculo matrimonial, unilateralmente e sem nenhum fundamento¹⁷³.

6. Um olhar para o futuro: Admissibilidade do divórcio a-pedido

Conforme exposto nas secções anteriores, hoje, o regime do divórcio sem consentimento de um dos cônjuges no ordenamento jurídico português caracteriza-se por ser um sistema do divórcio-constatação da ruptura do casamento. Para justificar e obter o divórcio, o cônjuge que pretende pôr termo à relação matrimonial precisa sempre de alegar e provar alguma das causas legalmente consagradas – quer seja a separação de facto por um ano consecutivo, a alteração das faculdades mentais do outro cônjuge que dure há mais de um ano, ou a ausência sem notícias por período não inferior a um ano, quer sejam outros factos objectivos demonstrativos da ruptura definitiva da vida em comum (art. 1781.º do CCp) –. Dito de outro modo, ao abrigo da lei vigente, a declaração de vontade por parte de um dos cônjuges, no sentido de se divorciar, está longe de ser suficientemente convincente perante o ordenamento jurídico português de que se verifica uma falência irreversível do matrimónio. A existência desta falência é presumida *iuris et de iure*, no caso de se provar a separação de facto, a alteração das faculdades mentais ou a ausência sem notícias, e avaliada pelo Tribunal, no caso de se invocar outros factos objectivos. Pode dizer-se que o Tribunal, neste último caso, goza de uma margem de apreciação considerável, isto é, após a livre apreciação da prova produzida, pode decidir, de acordo com a sua prudente convicção, se os factos invocados são capazes de demonstrar a ruptura irremediável da relação conjugal.

¹⁷³ ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, LUIS, *El matrimonio...*, cit., p. 508; CARRIÓN OLMOS, SALVADOR, “Separación y divorcio...”, cit., pp. 184-186.

Diferente de Portugal, porém, o seu país vizinho, Espanha, acolhe claramente o sistema do divórcio a-pedido, em que qualquer um dos cônjuges pode solicitar o divórcio unilateralmente, desde que tenha decorrido três meses depois da celebração do casamento – nem é necessário o decurso deste prazo, nos casos em que os interesses do cônjuge demandante ou os dos filhos assim o justifiquem –, sem necessidade de alegar e provar nenhum fundamento revelador da falência do matrimónio ou de passar por uma separação prévia, de facto ou judicial (art. 81.º, n.º 2 do CCe, aplicável por remissão do art. 86.º do CCe). Neste sentido, considera-se, no ordenamento jurídico espanhol, que a única causa determinante da dissolução do casamento é a vontade de acabar com este, expressa no pedido de divórcio, pelo que o divórcio será decretado a pedido do cônjuge.

Perante a evolução da concepção do casamento nos anos recentes, é evidente que o ordenamento jurídico português e o espanhol, hoje, escolhem caminhos diferentes, decidindo este último ir mais longe e permitir o divórcio simplesmente a pedido de qualquer um dos cônjuges. Ninguém sabe se o ordenamento jurídico português, no futuro, também admitirá o divórcio a-pedido. O que conseguimos fazer, neste momento, é tentar expor a nossa opinião sobre a admissibilidade deste.

6.1. Evolução da concepção do casamento

Ao contrário do Direito das Obrigações, o Direito da Família consiste em um ramo do direito fortemente permeável às mudanças das estruturas políticas, sociais e económicas, etc.. Desta forma, a solução a ser aplicada ao problema da admissibilidade do divórcio a-pedido depende do condicionalismo socioeconómico e da opção adoptada pelo Estado Português em matéria política¹⁷⁴.

Sendo o divórcio e o casamento dois lados de uma mesma moeda, a concepção que se tem acerca do divórcio está directamente ligada à em torno do casamento. Na verdade, o casamento é uma figura em constante evolução, tendo sentidos diversos em diferentes momentos da história.

Até ao século XIX, os casamentos eram arrançados pelas famílias a que os noivos pertenciam, levando em consideração as estratégias económicas e políticas familiares. Esses casamentos – chamados de “casamento aliança” – cumpriam um destino pré-definido e

¹⁷⁴ COELHO, FRANCISCO MANUEL PEREIRA e OLIVEIRA, GUILHERME DE, *Curso de direito da família*, cit., p. 174.

tinham principalmente relevância económica e reproductiva. Visando objectivos perenes, os matrimónios daquela época duravam e não tinha relação com coisas efémeras, como por exemplo os afectos¹⁷⁵.

Foi apenas a partir do século XIX que começou a emergir um novo modelo de matrimónio, um modelo mais afectivo, fundamentado na atracção física e mental mútua e na compatibilidade de sentimentos – “o casamento por amor”. O matrimónio tornou-se um assunto entre os parceiros matrimoniais, em vez de ser um assunto entre as correspondentes famílias. A despeito de ser reconhecida uma maior autonomia na escolha do esposo, “o casamento romântico” continuava a ser submetido a uma série de normas rigorosas universais a respeito dos papéis que cada cônjuge desempenhava e das funções da família. É de notar que a família a que se refere aqui corresponde à família nuclear, constituída pelos cônjuges e pelos filhos. De qualquer forma, “o casamento romântico” era uma instituição sujeita aos valores comuns da burguesia industrial da época, que implicavam a repartição de papéis que permitia ao homem a realização do seu percurso individual, isto é, o desenvolvimento do seu projecto de vida fora de casa, enquanto à mulher cabia o papel de fornecer o conforto doméstico e afectivo de que o homem tinha necessidade¹⁷⁶. Como sintetizou um jurista inglês, os cônjuges eram “*dois numa só carne, mas a carne era a do homem*”¹⁷⁷.

Pensava-se que existiria a possibilidade de aliar a liberdade e a felicidade, próprias do “casamento romântico”, à segurança do matrimónio para a vida. Mas a realidade mostrou o contrário. A ideia do “casamento romântico” abriu porta à vulnerabilidade do casamento, dado que os afectos são naturalmente frágeis. Apesar de parecerem perenes, podem esfumar-se a qualquer momento, ora porque a vida os desgastou, ora visto que surgiram novos afectos¹⁷⁸.

No entanto, as primeiras gerações que casaram “por amor” careciam da coragem e da possibilidade prática de reconhecer tal realidade. A lei da época entendia que “*casaste*

¹⁷⁵ GERSÃO, ELIANA, “Sociedade e divórcio...”, cit., p. 337.

¹⁷⁶ OLIVEIRA, GUILHERME DE, “Transformações do Direito da Família”, in *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977*, FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE COIMBRA (org.), vol. I (Direito da família e das sucessões), Coimbra Editora, Coimbra, 2004, p. 763.

¹⁷⁷ LORD DENNING, citado por OLIVEIRA, GUILHERME DE, “Dois numa só carne”, *Lex Familiae, Revista Portuguesa de Direito da Família*, ano 2, n.º 3, Centro de Direito da Família/ Coimbra Editora, Coimbra, 2005, p. 5.

¹⁷⁸ GERSÃO, ELIANA, “Sociedade e divórcio...”, cit., p. 338.

*porque quiseste, com quem quiseste, agora aguentas*¹⁷⁹, ao permitir o divórcio litigioso somente em casos extremos – o divórcio era visto como uma espécie de sanção. A sociedade condenava ao semi-ostracismo os divorciados e achava preferível a manutenção de um “mau casamento” do que o divórcio, salvo em casos extremos. Assim, nem os próprios cônjuges, “mal-casados”, eram suficientemente corajosos para reconhecerem que se sentiam infelizes no matrimónio.

Para além da carência de coragem de reconhecer a falência do casamento, os cônjuges “mal-casados” eram confrontados com a impossibilidade realista de acartar as consequências daí decorrentes, já que o matrimónio constituía um refúgio de protecção ou, melhor dizendo, um modo principal de organização de vida, sobretudo para as mulheres. Devido à pouca escolarização, ainda que trabalhassem profissionalmente, tinham escassas possibilidades de ser colocadas em profissões bem remuneradas, pelo que era quase impossível, na prática, ganharem autonomia e independência económica.

Somente com a ocorrência das modificações sociais nas últimas décadas, veio a gerar-se as condições que possibilitaram a concretização do divórcio nas situações em que é tal pretendido pelos cônjuges¹⁸⁰. Com efeito, os anos setenta são costumadamente apontados pelos sociólogos da família como a época do começo da transformação do quadro de valores no matrimónio. As condições económicas sem precedentes criaram possibilidades para a entrada das mulheres no mercado de trabalho. Por outro lado, a escolarização generalizada permitiu que as mulheres desempenhassem profissões melhor remuneradas. A generalização do emprego das mulheres, a diminuição das diferenças remuneratórias entre homens e mulheres, a gradual afirmação do princípio “para trabalho igual, salário igual”, a menor distinção dos papéis entre os dois géneros tanto na sociedade como na família, e a liberalização dos costumes contribuíram para a possibilidade de a mulher alcançar autonomia e desenvolver o seu projecto de vida fora de casa¹⁸¹.

Hoje, os dois parceiros matrimoniais estão “*sujeitos ao mesmo processo de renascimento da subjectividade*”¹⁸², típico da sociedade moderna. Cada cônjuge está em busca da sua maior realização pessoal e de um maior grau da satisfação na comunhão de

¹⁷⁹ GERSÃO, ELIANA, “Sociedade e divórcio...”, cit., p. 338.

¹⁸⁰ GERSÃO, ELIANA, “Sociedade e divórcio...”, cit., pp. 338-339.

¹⁸¹ OLIVEIRA, GUILHERME DE, “Queremos amar-nos... mas não sabemos como”, *RLJ*, ano 133, n.º 3911 e 3912, 2000, p. 42.

¹⁸² U. BECK y E. BECK-GERNSHEIM, citado por OLIVEIRA, GUILHERME DE, “Queremos amar-nos...”, cit., p. 42.

vida. Em face da sociedade massificada de indivíduos anónimos e em face da solidão e do isolamento que constituem o reflexo da individualização e da maior liberdade pessoal, cada pessoa exige da família ou, de maneira mais concreta, da relação matrimonial, muito mais do que sempre se exigiu. Sentindo-se inseguro e impotente perante os riscos da sociedade moderna, cada indivíduo põe expectativas mais intensas nas ligações afectivas e espera da relação conjugal as compensações afectivas que não encontra nas relações laborais ou nas outras relações sociais¹⁸³.

Ao mesmo tempo, observa-se o enfraquecimento da relação conjugal enquanto instituição, ou seja, “*enquanto conjunto de referências externas, “dadas” à relação particular pela tradição, pela moral, pela Igreja ou pelo Direito*”¹⁸⁴. Tradicionalmente, o matrimónio era considerado como portador de interesses próprios que ultrapassavam os interesses pessoais dos cônjuges, pelo que devia ser mantido mesmo à custa de sacrificar as disposições afectivas e o bem-estar individual dos cônjuges. O legislador regulamentava, de modo extenso e apertado, as exigências e a forma do matrimónio e os seus efeitos pessoais e patrimoniais. Para além de predeterminar os papéis desempenhados por cada cônjuge na família, impunha aos cônjuges uma série de deveres conjugais pessoais, cuja violação constituía causa do divórcio. Sendo o divórcio admitido só em casos limitados, definidos segundo a concepção do divórcio como sanção, onde a culpa possuía relevância considerável, o casamento tinha uma vocação de perpetuidade¹⁸⁵.

Na sociedade moderna, contudo, o casamento não é mais do que “*uma simples associação de duas pessoas, que procuram nela, uma e outra, a sua felicidade e a sua realização pessoal*”¹⁸⁶, ou “*uma relação pura, apenas baseada no compromisso permanente e na gratificação renovada*”¹⁸⁷. Hoje, é a verdadeira ligação afectiva dos cônjuges, mas não o peso da instituição que mantém o matrimónio, sendo comum entender que este somente dura enquanto permanecer compensador para os parceiros matrimoniais¹⁸⁸.

De facto, o entendimento moderno do matrimónio como matéria de foro privado dos indivíduos significa que o Estado vai perdendo o seu valor como instância legitimadora do

¹⁸³ GERSÃO, ELIANA, “Sociedade e divórcio...”, cit., p. 341.

¹⁸⁴ OLIVEIRA, GUILHERME DE, “Queremos amar-nos...”, cit., p. 42.

¹⁸⁵ COELHO, FRANCISCO MANUEL PEREIRA, “Casamento e divórcio...”, cit., p. 23.

¹⁸⁶ COELHO, FRANCISCO MANUEL PEREIRA, “Casamento e divórcio...”, cit., p. 23.

¹⁸⁷ OLIVEIRA, GUILHERME DE, “Queremos amar-nos...”, cit., p. 43.

¹⁸⁸ TORRES, ANÁLIA CARDOSO, *Divórcio em Portugal, ditos e interditos: uma análise sociológica*, Celta, Oeiras, 1996, p. 7 e *Casamento em Portugal: uma análise sociológica*, Celta, Oeiras, 2002, p. 136 e ss..

mesmo. Não obstante o casal e a família receberem estímulos do exterior, reelaboram as informações recebidas segundo as modalidades internas de comunicação, criando assim sistemas internamente referenciais¹⁸⁹. Desta maneira, pode considerar-se que “o amor tornou-se um assunto exclusivo dos amantes”¹⁹⁰.

Sendo a privatização do amor uma nota característica da sociedade moderna, verifica-se uma tendência para a deslegalização do matrimónio, conforme a qual deve permitir-se aos próprios cônjuges a definição do conteúdo e dos efeitos pessoais da relação conjugal¹⁹¹. É também neste contexto que nasce a questão da liberalização do divórcio, no sentido de facilitar o acesso a este e conferir mais peso à vontade dos cônjuges. Efectivamente, como já vimos, ao longo destas últimas décadas, a concepção acerca do divórcio tem sido transformada, deixando de ser uma sanção para a infracção dos deveres conjugais, mas antes uma constatação da ruptura do matrimónio, e evitou-se a averiguação e graduação da culpa na falência da relação conjugal. Deste modo, não ficamos surpreendidos se a tendência da liberalização do divórcio continuar até se consagrar o sistema do divórcio a-pedido.

6.2. Função da lei do divórcio

Neste século XXI, não podemos negar que o casamento se revela como um instrumento fulcral para a concretização da felicidade e a realização plena da personalidade de ambos e cada um dos cônjuges¹⁹². O amor, o afecto mútuo e a felicidade adquirem hoje o estatuto de pressuposto e objecto da própria relação conjugal¹⁹³, e constitui entendimento comum que a relação apenas perdura enquanto se mantiver o afecto mútuo entre os parceiros matrimoniais. Na verdade, sendo o matrimónio feito de duas vontades coincidentes, este só dura, de forma saudável, enquanto ambos os esposos acreditarem na viabilidade do vínculo¹⁹⁴. Quando um deles deixar de sentir afecto pelo outro, deixar de acreditar na viabilidade da relação e perder a vontade de manter a comunhão de vida com o outro, pode considerar-se que o casamento passa a ser incapaz de normalmente cumprir as suas funções. Neste sentido, entendemos que

¹⁸⁹ A. GIDDENS, citado por OLIVEIRA, GUILHERME DE, “Transformações...”, cit., p. 765.

¹⁹⁰ U. BECK y E. BECK-GERNSEHEIM, citado por OLIVEIRA, GUILHERME DE, “Queremos amar-nos...”, cit., p. 43.

¹⁹¹ COELHO, FRANCISCO MANUEL PEREIRA, “Casamento e divórcio...”, cit., p. 23.

¹⁹² Cfr. CAMPOS, DIOGO LEITE DE e CAMPOS, MÓNICA MARTÍNEZ DE, “A comunidade familiar”, in *Textos de direito da família para Francisco Pereira Coelho*, OLIVEIRA, GUILHERME DE (coord.), Imprensa da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2016, pp. 12-14.

¹⁹³ CARVALHO, FIDÉLIA PROENÇA DE, *A filosofia da ruptura...*, cit., p. 112. Cfr. ainda TORRES, ANÁLIA CARDOSO, “Casamento: conversa a duas vozes e em três andamentos”, *Análise social*, vol. 37, n.º 163, Lisboa, 2002, p. 573 e ss..

¹⁹⁴ CARVALHO, FIDÉLIA PROENÇA DE, *A filosofia da ruptura...*, cit., p. 102.

o desaparecimento do afecto ou, mais concretamente, da vontade de continuar a vida em comum por parte de um dos cônjuges, explicitado no pedido de divórcio, demonstra claramente a falência definitiva do casamento e, conseqüentemente, deverá ser fundamento suficiente para decretar a dissolução do mesmo.

Recordamos que a lei portuguesa vigente exige que o cônjuge que pretende terminar a relação matrimonial alegue e prove fundamentos objectivos, reveladores do fracasso definitivo da relação, para que o divórcio possa ser concedido. Por outras palavras, a demonstração de vontade por parte de um dos cônjuges de terminar a relação, a alegação por parte de um dos cônjuges de que já não ama o outro ou que pretende seguir um projecto de vida distinto não é suficiente, no regime vigente, para o efeito de obter o divórcio. Embora nada impeça a possibilidade de que o cônjuge que quer divorciar-se, a fim de alcançar esta finalidade, provoque uma situação de ruptura objectiva – na maioria dos casos, inicia uma separação de facto –, questionamos: qual é a lógica de requerer uma ruptura objectiva já verificada, de esperar que a ruptura objectiva se dê ou o conflito se instale entre os cônjuges, no caso de um dos cônjuges já ter manifestado a sua intenção de provocar tal ruptura, através da solicitação de divórcio? Qual é a lógica de permitir ao legislador e ao juiz interferir, na avaliação da verificação de uma ruptura irremediável da relação matrimonial, quando não são eles que estão dentro desta relação? Não é o próprio cônjuge, envolvido no casamento, que é o mais apto a avaliar a existência da ruptura¹⁹⁵?

Há quem defenda a manutenção das actuais restrições ao exercício do direito ao divórcio pela necessidade de protecção da família, segundo o art. 67.º, n.º 1 do CRP. Porém, sufragando a posição de GUILHERME DE OLIVEIRA, não consideramos que a lei do divórcio é o meio apropriado de realizar a protecção familiar, porque não possui a capacidade de influir na vida familiar, de forma a favorecer as relações entre os cônjuges ou estender a duração de uma relação conjugal¹⁹⁶. A vida segue sempre o seu rumo e não é a lei do divórcio que vai afectar a qualidade das relações familiares. Os casais que se sentem felizes no casamento e aqueles que preferem continuar juntos ao invés de encarar a solidão ou os riscos

¹⁹⁵ No mesmo sentido, COELHO, FRANCISCO MANUEL DE BRITO PEREIRA, “Os factos...”, cit., p. 92, notas 32 e 33.

¹⁹⁶ OLIVEIRA, GUILHERME DE, “Linhas gerais da reforma do divórcio”, *Lex Familiae, Revista Portuguesa de Direito da Família*, ano 5, n.º 10, Centro de Direito da Família/ Coimbra Editora, Coimbra, 2008, p. 63.

decorrentes de uma nova escolha, apesar de não estarem especialmente felizes, vão continuar a permanecer na relação, independentemente da regulação do divórcio¹⁹⁷.

Com efeito, quando a lei do divórcio é chamada a interferir, já se depara com uma relação conjugal inviável, ou seja, um projecto de vida comum que não vingou. Ora, nenhuma intervenção exterior, nomeadamente a manutenção do elenco das causas objectivas do divórcio e dos prazos constitutivos destas causas, é capaz de impedir a falência de uma relação, quando a sua continuação não é desejada por ambos os cônjuges e, portanto, deixa de poder cumprir o seu objectivo. Se a “porta de saída” do casamento consagrada na lei não estiver aberta, de modo suficiente, para permitir a passagem do cônjuge que quer divorciar-se, vai arrombá-la¹⁹⁸. Não existindo qualquer interesse público de primeiro grau que justifique a substituição da vontade do cônjuge, em vez de obstaculizar a “saída” do matrimónio, o que o legislador deve fazer, no nosso ponto de vista, é tentar minimizar o dramatismo e o ódio e evitar a morosidade na dissolução do casamento, com a facilitação do acesso ao divórcio e a simplificação do processo deste.

Mesmo sendo verdade que a liberdade vem com a responsabilidade, isso não implica que o cônjuge, que se sente frustrado nas suas expectativas face à relação conjugal, deve ser obrigado a permanecer no casamento, salvo se expuser, perante terceiros estranhos à relação, os pormenores da vida privada e íntima, justificativos da falência do casamento. Tratando os cônjuges como adultos responsáveis, é pertinente preservar a sua dignidade na dissolução do matrimónio, pelo que nos parece conveniente reduzir o mais possível a intervenção do juiz na avaliação da falência do casamento. Na verdade, o juiz deverá desempenhar simplesmente a função zeladora dos interesses das partes, sobretudo dos filhos menores, que são os mais afectados numa crise matrimonial, levando em conta as sequelas do divórcio¹⁹⁹.

Não podemos ignorar os impactos negativos que o divórcio traz para todas as partes envolvidas, e não podemos negar que todas elas sofrem, quer psicológica quer economicamente, desta decisão dolorosa. É certo que o divórcio é sempre um mal, mas, para nós, o que é pior é a saída obstruída de um casamento que já deixou de funcionar saudavelmente, o que acarreta o prolongamento da crise matrimonial e provoca mais efeitos devastadores para a família – não somente para os próprios cônjuges, mas também para os filhos. Afinal, como é possível construir uma felicidade colectiva familiar, se o bem-estar

¹⁹⁷ GERSÃO, ELIANA, “Sociedade e divórcio...”, cit., p. 356.

¹⁹⁸ GERSÃO, ELIANA, “Sociedade e divórcio...”, cit., p. 356.

¹⁹⁹ CARVALHO, FIDÉLIA PROENÇA DE, *A filosofia da ruptura...*, cit., p. 171.

individual estiver elidido? Dado que é impossível salvar um matrimónio que não vingou por não ser desejado por ambos os cônjuges, a fim de reduzir dramatismo, permitir aos cônjuges guardarem as boas memórias um do outro e evitar a geração de outros danos que não os inevitáveis, acreditamos que se deverá facilitar a sua dissolução, no sentido de decretar o divórcio, quando qualquer um dos cônjuges expresse a sua vontade de terminar a relação matrimonial claramente através do pedido de divórcio, sem requerer a demonstração de qualquer outra causa da falência da relação. Desde que as consequências do divórcio, mormente no que se refere à relação entre os pais e os filhos, sejam tratadas com a devida cautela, não vemos que existam grandes obstáculos à admissão do divórcio a-pedido.

Ora, o direito matrimonial português tem evoluído, nas últimas décadas, no sentido do enfraquecimento da força vinculativa do casamento, do ponto de vista jurídico. A admissão do divórcio a-pedido que assenta na simples vontade de um dos cônjuges, se acontece no ordenamento jurídico português, mostra sem dúvida a continuação desta mesma tendência. E com a admissão do divórcio a-pedido, é visível que o casamento se torne um contrato mais frágil, isto é, mais facilmente resolvido, do que os contratos vulgares, de natureza patrimonial. Porém, é necessário ter presente que o matrimónio não se apresenta como “um contrato qualquer” – é um contrato diferente dos outros^{200 201}, pelo que não entendemos ser adequado fazer uma comparação entre o matrimónio e os outros contratos. Sendo o casamento matéria de foro eminentemente privado dos indivíduos, o legislador não deve, nem pode regulá-lo de modo imperativo e estandardizado. Pela mesma ordem de ideias, a limitação do exercício do direito ao divórcio à demonstração da ruptura objectiva da comunhão de vida parece-nos ser uma intervenção pouco razoável na esfera privada dos indivíduos. Questionamos outra vez: porque é que a concessão do divórcio tem de depender da verificação da ruptura, avaliada em função da óptica do legislador ou do juiz, quando é o cônjuge que está dentro do casamento?

Nos dias de hoje, a lei do divórcio deve visar a criação dos mecanismos essenciais para assegurar a saída rápida – e ao mesmo tempo a saída ordenada, tratando as sequelas do divórcio com o devido cuidado – de um casamento falhado. De qualquer forma, a facilitação

²⁰⁰ OLIVEIRA, GUILHERME DE, “Linhas gerais...”, cit., p. 64.

²⁰¹ É de notar que embora o ordenamento jurídico português defina expressamente o casamento como contrato no art. 1577.º do CCp, há quem conteste a contratualidade deste na doutrina, qualificando o matrimónio como acordo ou como instituição. Cfr. COELHO, FRANCISCO MANUEL PEREIRA e OLIVEIRA, GUILHERME DE, *Curso de direito da família*, cit., p. 232.

do divórcio não representa, na nossa perspectiva, a “morte” do matrimónio, ou seja, a perda do valor do casamento na sociedade moderna, mas antes a sua “reinvenção”²⁰², segundo os valores contemporâneos. O casamento continua a ser importante. O que mudou é que as pessoas hoje “casam “*de outra maneira*”, com outros valores... que enfatizam mais os laços interpessoais do que a dimensão institucional do casamento”²⁰³, de modo a que tolerem mal uma relação conjugal que consideram insatisfatória.

²⁰² F. SWENNEN, citado por MARTINS, ROSA CÂNDIDO, “A morte do casamento: mito ou realidade?”, in *Textos de direito da família para Francisco Pereira Coelho*, OLIVEIRA, GUILHERME DE (coord.), Imprensa da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2016, p. 233.

²⁰³ TORRES, ANÁLIA CARDOSO, *Divórcio em Portugal...*, cit., p. 7.

Conclusão

Desde a introdução do divórcio nos ordenamentos jurídicos, a concepção acerca do mesmo tem estado em constante evolução, reflectindo, em certo grau, a evolução da concepção que a sociedade tem tido acerca do casamento. Já tivemos a oportunidade de testemunhar o gradual abandono da ideia do divórcio como sanção contra a infracção dos deveres conjugais e o gradual reconhecimento do divórcio como remédio nas situações em que a vida conjugal se tenha tornado intolerável. A concepção do divórcio como constatação da ruptura do casamento até transcende o esquema tradicional do divórcio-remédio, ao permitir a qualquer dos cônjuges solicitar o divórcio contanto que se verifique uma situação de ruptura do matrimónio, mesmo que tal situação se deva em maior grau ao cônjuge que solicita o divórcio. Por trás da entrada na era do divórcio sem culpa estão, com efeito, a ideia de reforçar a liberdade dos indivíduos na manutenção do casamento e a valorização da dimensão afectiva do matrimónio, em detrimento da dimensão institucional do mesmo. Não se pode ignorar que o casamento se apresenta hoje como um instrumento fulcral da felicidade e da realização pessoal dos cônjuges.

Perante as mudanças na forma de encarar a relação conjugal na sociedade moderna, porém, notamos que os dois ordenamentos jurídicos ibéricos escolheram caminhos diferentes. O ordenamento jurídico português, com a reforma do regime jurídico do divórcio, operada pela Lei n.º 61/2008, aprofunda a concepção do divórcio como constatação da ruptura do matrimónio, mas não admite o divórcio a-pedido. Em todos os casos, a concessão do divórcio sem consentimento do outro cônjuge pressupõe a existência da ruptura definitiva do vínculo conjugal, a qual é presumida *iuris et de iure* quando for invocada e provada a separação de facto por um ano consecutivo, a alteração das faculdades mentais do outro cônjuge que dure há mais de um ano, ou a ausência sem notícias por tempo não inferior a um ano (alínea a), b) e c) do art. 1781.º do CCp), e avaliada pelo juiz quando forem invocados e provados outros factos relevantes para este efeito (alínea d) do art. 1781.º do CCp). Realçamos que, neste último caso, o legislador português não pretende admitir a relevância das alegações subjectivas ou da simples declaração de vontade de pôr fim à relação matrimonial. Não obstante a letra da lei deixar espaço para certa ambiguidade, da história das iniciativas legislativas em matéria do divórcio e da interpretação sistemática do art. 1781.º do CCp resulta, para nós, evidente que o divórcio a-pedido não logra acolhimento,

pelo que o cônjuge que deseja divorciar-se necessita sempre de alegar e provar factos objectivos, a fim de preencher o requisito de “quaisquer outros factos demonstrativos da ruptura definitiva do matrimónio”, consagrado na alínea d) do artigo citado. Em suma, ao abrigo da lei vigente no ordenamento jurídico português, a declaração de vontade por parte de um dos cônjuges, no sentido de acabar com a relação matrimonial, não é suficiente para revelar o fracasso irreversível do casamento e para obter o divórcio sem o consentimento do outro cônjuge. O legislador português determina, para o efeito de decretar a dissolução do casamento, a verificação das várias situações em que se permite a presunção *iuris et de iure* da verificação do fracasso deste, e atribui ao Tribunal uma margem de apreciação considerável na avaliação da verificação do fracasso matrimonial nas restantes situações.

O ordenamento jurídico espanhol, por sua parte, acolhe o sistema do divórcio a-pedido através da reforma do regime jurídico do divórcio, operada pela Lei 15/2005. Neste sentido, actualmente, na Espanha, qualquer um dos cônjuges pode pedir o divórcio unilateralmente, desde que tenha decorrido três meses após a celebração do matrimónio – prazo que é dispensável, aliás, nas situações em que se prova a existência de risco para a vida, a integridade física, a liberdade, a integridade moral ou a liberdade e integridade sexual do cônjuge demandante, dos filhos comuns ou de qualquer outro membro do matrimónio –, sem necessidade de invocar e provar nenhuma outra causa reveladora da falência do casamento (n.º 2 do art. 81.º do CCe, aplicável por remissão do art. 86.º do CCe). Pode dizer-se que a única causa determinante da dissolução do matrimónio, para o legislador espanhol, é a vontade de terminar a relação, expressa na solicitação de divórcio, pelo que decide ir mais longe e admite o divórcio simplesmente a pedido de qualquer um dos cônjuges.

Na nossa óptica, o casamento na sociedade moderna caracteriza-se por ser uma simples associação de dois indivíduos, que desejam buscar nela a sua felicidade e a plena realização pessoal²⁰⁴. Perante a solidão que constitui o reflexo da individualização e da maior liberdade pessoal e perante o sentimento de insegurança e exaustão em face dos riscos da sociedade moderna, cada indivíduo deposita, mais do que nunca, as suas expectativas nas ligações afectivas e espera da relação conjugal as compensações afectivas que não consegue encontrar nas outras relações sociais. Desta maneira, o amor e a felicidade constituem, hoje, o pressuposto e objecto do casamento, e é comum entender que este apenas perdura, de modo saudável, enquanto permanecer compensador para os parceiros matrimoniais.

²⁰⁴ COELHO, FRANCISCO MANUEL PEREIRA, “Casamento e divórcio...”, cit., p. 23.

Efectivamente, o matrimónio moderno não é mantido pelo peso da instituição, mas antes, pela verdadeira ligação afectiva dos cônjuges. Quando qualquer um dos cônjuges deixar de sentir afecto pelo outro e perder a vontade de manter a vida em comum com o outro, parece-nos que a relação matrimonial deixa de ser capaz de cumprir as suas normais finalidades. Neste caso, nenhuma intervenção exterior é capaz de impedir o fracasso da relação, nem sequer a lei do divórcio pode favorecer uma relação vista como inviável. O cônjuge que quer terminar o casamento vai arrombar a “porta de saída” do matrimónio prevista na lei, se esta não estiver aberta, de forma suficiente para permitir a passagem dele. Destarte, em vez de manter os obstáculos à “saída” do matrimónio, entendemos que o legislador deve minimizar o dramatismo e evitar a morosidade na dissolução do matrimónio, com a facilitação do acesso ao divórcio.

No actual regime português do divórcio, é certo que nada impede que o cônjuge que quer pôr termo ao casamento, a fim de atingir este objectivo, cause uma situação de ruptura, por exemplo, inicie uma separação de facto. Contudo, interrogamo-nos: qual é a lógica de requerer uma ruptura já verificada, de esperar que a ruptura se dê ou o conflito se instale entre os cônjuges, no caso de um dos cônjuges já ter manifestado a sua intenção de causar tal ruptura, através do pedido de divórcio²⁰⁵? A saída obstruída do casamento contribui apenas, no nosso ponto de vista, para o prolongamento da crise conjugal, geradora de efeitos devastadores não apenas para os próprios esposos, mas também para os filhos. Afinal, quando o bem-estar individual está posto em causa, como é possível garantir a felicidade familiar?

Além disso, não consideramos adequado que o legislador e o juiz intervenham numa esfera tão privada da vida dos cidadãos, na avaliação da existência da falência definitiva do matrimónio. Qual é a lógica de fazer depender a concessão do divórcio da existência da ruptura matrimonial, avaliada em função da perspectiva do legislador e do juiz, quando não são eles que estão dentro da relação?

Se é certo que o divórcio é um mal, a saída demorada de um casamento falhado é, a nosso ver, ainda pior, pois pode provocar ainda mais sofrimentos psicológicos e económicos que não são inevitáveis para todas as partes envolvidas. Desde que sejam tratadas com a devida cautela as consequências do divórcio, primordialmente as relativas aos filhos, acreditamos que não existem grandes obstáculos à admissão do divórcio a-pedido. No final

²⁰⁵ COELHO, FRANCISCO MANUEL DE BRITO PEREIRA, “Os factos...”, cit., p. 92, nota 33.

das contas, não é o cônjuge, que está dentro do casamento, que é o mais idóneo para avaliar a existência da ruptura definitiva do casamento?

Bibliografia

ALBALADEJO, MANUEL, *Curso de derecho civil*, vol. 4, 11.^a ed., Edisofer, Madrid, 2008;

BOELE-WOELKI, KATARINA et al., *Principles of European family law regarding divorce and maintenance between former spouses*, Intersentia, Oxford, 2004;

CAMPOS, DIOGO LEITE DE e CAMPOS, MÓNICA MARTÍNEZ DE, “A comunidade familiar”, in *Textos de direito da família para Francisco Pereira Coelho*, OLIVEIRA, GUILHERME DE (coord.), Imprensa da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2016;

CAMPOS, DIOGO LEITE DE, *Lições de direito da família e das sucessões*, 2.^a ed., Almedina, Coimbra, 2010;

CAMPOS, DIOGO LEITE DE, *Lições de direito da família*, 3.^a ed., Almedina, Coimbra, 2016;

CARRIÓN OLMOS, SALVADOR, “Separación y divorcio tras la Ley 15/2005, de 8 de julio”, in *Comentarios a las Reformas de Derecho de Familia de 2005*, RAMÓN DE VERDA Y BEAMONTE, JOSÉ (coord.), Aranzadi, Madrid, 2006;

CARVALHO, ANDREIA FILIPA SARABANDO, *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*, Coimbra, 2015, disponível em <https://estudogeral.sib.uc.pt/handle/10316/35106>;

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*, FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE COIMBRA (org.), vol. I (Direito da família e das sucessões), Coimbra Editora, Coimbra, 2004;

CARVALHO, FIDÉLIA PROENÇA DE, *A filosofia da ruptura conjugal: notas para um divórcio sem culpa*, Pedro Ferreira, Lisboa, 2002;

CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, GUILLERMO, *Matrimonio y Constitución, Presente y posible futuro*, Editorial Reus, Madrid, 2013;

CID, NUNO DE SALTER, “Sobre a separação de facto como fundamento do divórcio, e algo mais”, in *Textos de direito da família para Francisco Pereira Coelho*, OLIVEIRA, GUILHERME DE (coord.), Imprensa da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2016;

COELHO, FRANCISCO MANUEL DE BRITO PEREIRA, “Deveres conjugais e responsabilidade civil – estatuto matrimonial e estatuto pessoal (não matrimonial) dos cônjuges”, *RLJ*, ano 147, n.º 4006, 2017, pp. 54-67;

COELHO, FRANCISCO MANUEL DE BRITO PEREIRA, “Os factos no casamento e o direito na união de facto: breves observações”, in *Textos de direito da família para Francisco Pereira Coelho*, OLIVEIRA, GUILHERME DE (coord.), Imprensa da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2016;

COELHO, FRANCISCO MANUEL PEREIRA, “Casamento e divórcio no ensino de Manuel de Andrade e na legislação actual”, in *Boletim da Faculdade de Direito*, vol. 77, Coimbra, 2001;

COELHO, FRANCISCO MANUEL PEREIRA e OLIVEIRA, GUILHERME DE, *Curso de direito da família*, 5.ª ed., Imprensa da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2018;

COLAÇO, AMADEU, *Novo regime do divórcio*, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2009;

CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES, “Divórcio e casamento na I República: Questões fraturantes como arma de conquista e de manutenção do poder pessoal?”, *ROA*, ano 72, vol. I, 2012, pp. 45-108;

CORTE-REAL, CARLOS PAMPLONA e PEREIRA, JOSÉ SILVA, *Direito da Família: Tópicos para uma Reflexão Crítica*, 2.ª ed., AAFDL, Lisboa, 2011;

CORTE-REAL, CARLOS PAMPLONA, “Relance crítico sobre o direito de família português”, in *Textos de direito da família para Francisco Pereira Coelho*, OLIVEIRA, GUILHERME DE (coord.), Imprensa da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2016;

COSTA, EVA DIAS, “A eliminação do divórcio litigioso por violação culposa dos deveres conjugais”, in *E foram felizes para sempre ...? Uma análise crítica do novo regime jurídico do divórcio*, SOTTOMAYOR, MARIA CLARA e ALMEIDA, MARIA TERESA FÉRIA DE (coord.), Wolters Kluwer Portugal- Coimbra Editora, Coimbra, 2010;

COSTA, EVA DIAS, *Da relevância da culpa nos efeitos patrimoniais do divórcio*, Almedina, Coimbra, 2005;

DELGADO, ABEL, *O divórcio*, 2.ª ed., Livraria Petrony, Lisboa, 1994;

DIAS, CRISTINA M. ARAÚJO, “Breves notas sobre a responsabilidade civil dos cônjuges entre si: O novo regime do art. 1792º do Código Civil (na redacção dada pela Lei nº 61/2008, de 31 de Outubro) e a manutenção da irresponsabilidade ao nível dos efeitos patrimoniais do casamento”, in *Direito e Justiça: Estudos dedicados ao Professor Doutor Luís Alberto Carvalho Fernandes*, vol. 1, Universidade Católica, Lisboa, 2011;

DIAS, CRISTINA M. ARAÚJO, *Uma análise do novo regime jurídico do divórcio*, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2009;

FIALHO, ANTÓNIO JOSÉ, *Guia Prática do Divórcio e das Responsabilidades Parentais*, Centro de Estudos Judiciários, Lisboa, 2012;

GARCÍA PRESAS, INMACULADA, “El derecho de familia en España desde las últimas reformas del Código Civil”, in *Actas del I Congreso Ibero-Asiático de Hispanistas Siglo de Oro e Hispanismo general*, MAURYA, VIBHA e INSÚA CERECEDA, MARIELA (coord.), 2011;

GERSÃO, ELIANA, “Sociedade e divórcio: consideração à volta da evolução da legislação do divórcio”, in *Estudos em homenagem ao prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, ANDRADE, MANUEL DA COSTA, ANTUNES, MARIA JOÃO e SOUSA, SUSANA AIRES DE (org.), Coimbra Editora, Coimbra, 2010;

HÖRSTER, HEINRICH EWALD, “A responsabilidade civil entre os cônjuges”, in *E foram felizes para sempre ...? Uma análise crítica do novo regime jurídico do divórcio*, SOTTOMAYOR, MARIA CLARA e ALMEIDA, MARIA TERESA FÉRIA DE (coord.), Wolters Kluwer Portugal-Coimbra Editora, Coimbra, 2010;

HÖRSTER, HEINRICH EWALD, “Evoluções legislativas no Direito da Família depois da Reforma de 1977”, in *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977*, FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE COIMBRA (org.), vol. I (Direito da família e das sucessões), Coimbra Editora, Coimbra, 2004;

JAVIER FORCADA MIRANDA, FRANCISCO, “Las últimas reformas legales en España sobre el derecho a contraer matrimonio y en materia de separación y divorcio: puntos de reflexión”, *Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, n.º 17, 2005, pp. 27-37;

LASARTE ÁLVAREZ, CARLOS, “Merecido adiós al sistema causalista en las crisis matrimoniales”, *Actualidad jurídica Aranzadi*, n.º 655, 2005, pp. 10-12;

LASARTE ÁLVAREZ, CARLOS, *Derecho de familia*, vol. 6, 11.ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2012;

LOPES, ALEXANDRA VIANA, “Divórcio e responsabilidades parentais: algumas reflexões sobre a aplicação do novo regime”, *Revista do CEJ*, n.º 11, 1.º semestre, Lisboa, 2009;

LOURDES MARTÍNEZ DE MORENTIN LLAMAS, MARÍA, “La supresión de las causas de separación en nuestro ordenamiento”, *Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, n.º 19, 2006, pp. 20-27;

MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, CARLOS, *Curso de derecho civil*, vol. 4, 2.ª ed., Colex, Madrid, 2008;

MARTINS, ROSA CÂNDIDO, “A morte do casamento: mito ou realidade?”, in *Textos de direito da família para Francisco Pereira Coelho*, OLIVEIRA, GUILHERME DE (coord.), Imprensa da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2016;

OLIVEIRA, GUILHERME DE, “A nova lei do divórcio”, *Lex Familiae, Revista Portuguesa de Direito da Família*, ano 7, n.º 13, Centro de Direito da Família/ Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 5-32;

OLIVEIRA, GUILHERME DE, “Dois numa só carne”, *Lex Familiae, Revista Portuguesa de Direito da Família*, ano 2, n.º 3, Centro de Direito da Família/ Coimbra Editora, Coimbra, 2005;

OLIVEIRA, GUILHERME DE, “Linhas gerais da reforma do divórcio”, *Lex Familiae, Revista Portuguesa de Direito da Família*, ano 5, n.º 10, Centro de Direito da Família/ Coimbra Editora, Coimbra, 2008, pp. 63-72;

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, 2005, pp. 7-20;

OLIVEIRA, GUILHERME DE, “Queremos amar-nos... mas não sabemos como”, *RLJ*, ano 133, n.º 3911 e 3912, 2000;

OLIVEIRA, GUILHERME DE, “Transformações do Direito da Família”, in *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977*, FACULDADE DE DIREITO DA

UNIVERSIDADE DE COIMBRA (org.), vol. I (Direito da família e das sucessões), Coimbra Editora, Coimbra, 2004;

OLIVEIRA, GUILHERME DE, “Um direito da família europeu? (Play it again, and again... Europe!)”, *RLJ*, ano 133, n.º 3913 e 3914, 2000, pp. 105-110;

OLIVEIRA, GUILHERME DE, *Responsabilidade civil por violação dos deveres conjugais*, 2017, disponível em <http://guilhermedeoliveira.pt/resources/Responsabilidade-civil-por-violação-dos-deveres-conjugais.pdf>;

PASSINHAS, SANDRA, “O novo figurino do divórcio em Portugal após a Lei n.º 61/2008: Em particular, a relevância do comportamento processual das partes no divórcio sem consentimento do outro cônjuge”, in *I Congresso de Direito da Família e das Crianças*, GUERRA, PAULO (coord.), Almedina, Coimbra, 2016;

PINHEIRO, JORGE DUARTE, “Perspectivas de evolução do Direito da Família em Portugal”, in *Textos de direito da família para Francisco Pereira Coelho*, OLIVEIRA, GUILHERME DE (coord.), Imprensa da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2016;

PINHEIRO, JORGE DUARTE, *O direito da família contemporâneo*, 3.ª ed., AAFDL, Lisboa, 2011;

PINTO, FERNANDO BRANDÃO FERREIRA, *Causas do divórcio: doutrina, legislação, jurisprudência: Portugal e Brasil*, 3.ª ed., ELCLA, Porto, 1996;

RAMIÃO, TOMÉ DE ALMEIDA, *O divórcio e questões conexas: regime jurídico actual*, 3.ª ed., Quid Juris?, Lisboa, 2011;

ROCHA, PATRÍCIA, “O divórcio sem culpa”, in *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977*, FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE COIMBRA (org.), vol. I (Direito da família e das sucessões), Coimbra Editora, Coimbra, 2004;

SANTOS, EDUARDO DOS, *Direito da família*, Livraria Almedina, Coimbra, 1999;

SILVA, AIDA FILIPA FERREIRA DA, *Responsabilidade civil entre cônjuges no divórcio – as alterações do art. 1792º do código civil com a Lei nº. 61/2008, de 31 de outubro*, Faculdade de Direito da Universidade do Porto, 2013, disponível em sigarra.up.pt;

SOTTOMAYOR, MARIA CLARA, “Uma análise crítica do novo regime jurídico do divórcio”, in *E foram felizes para sempre ...? Uma análise crítica do novo regime jurídico do divórcio*, SOTTOMAYOR, MARIA CLARA e ALMEIDA, MARIA TERESA FÉRIA DE (coord.), Wolters Kluwer Portugal- Coimbra Editora, Coimbra, 2010;

SOUSA, MIGUEL TEIXEIRA DE, *O regime jurídico do divórcio*, Almedina, Coimbra, 1991;

SOUSA, RABINDRANATH CAPELO DE, “As alterações legislativas familiares recentes e a sociedade portuguesa”, in *Textos de direito da família para Francisco Pereira Coelho*, OLIVEIRA, GUILHERME DE (coord.), Imprensa da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2016;

SOUSA, RABINDRANATH CAPELO DE, “Recentes alterações em direito da família, direito dos menores e direito das sucessões”, in *Boletim da Faculdade de Direito*, vol. 89, Coimbra, 2013;

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 *E foram felizes para sempre ...? Uma análise crítica do novo regime jurídico do divórcio*, SOTTOMAYOR, MARIA CLARA e ALMEIDA, MARIA TERESA FÉRIA DE (coord.), Wolters Kluwer Portugal- Coimbra Editora, Coimbra, 2010;

TORRES, ANÁLIA CARDOSO, “Casamento: conversa a duas vozes e em três andamentos”, *Análise social*, vol. 37, n.º 163, Lisboa, 2002, pp. 569-602;

TORRES, ANÁLIA CARDOSO, *Casamento em Portugal: uma análise sociológica*, Celta, Oeiras, 2002;

TORRES, ANÁLIA CARDOSO, *Divórcio em Portugal, ditos e interditos: uma análise sociológica*, Celta, Oeiras, 1996;

TRIGO GARCÍA, BELÉN, “La introducción de la separación y el divorcio sin causa en el derecho español (Ley 15/2005, de 8 de julio)”, *Dereito*, vol. 14, n.º 2, 2005, pp. 7-27;

VARELA, ANTUNES, *Direito da família*, Livraria Petrony, Lisboa, 1987;

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*, GONÇALVES, LUÍS COUTO (coord.), Almedina, Coimbra, 2012;

XAVIER, RITA LOBO, *Recentes alterações ao regime jurídico do divórcio e das responsabilidades parentais*, Coimbra Editora, Coimbra, 2009;

ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, LUIS, *El matrimonio y los nuevos modelos de familia*, Las Rozas: Wolters Kluwer, Madrid, 2019.

Jurisprudência

Jurisprudência portuguesa:

Ac. do TC n.º 105/90 de 1990/03/29, processo n.º 39/88, relator Conselheiro Bravo Serra, disponível em www.tribunalconstitucional.pt;

Ac. do STJ de 1996/12/10, processo n.º 96A349, relator Silva Paixão, disponível em www.dgsi.pt.

Ac. do STJ de 2001/07/05, in *CJ (STJ)*, tomo 2, 2001;

Ac. do STJ de 2006/07/11, in *CJ (STJ)*, tomo 2, 2006;

Ac. do STJ de 2007/03/06, processo n.º 07A297, relator Sebastião Póvoas, disponível em www.dgsi.pt;

Ac. do STJ de 2012/02/09, processo n.º 819/09.7TMPRT.P1.S1, relator Hélder Roque, disponível em www.dgsi.pt;

Ac. do STJ de 2013/09/17, processo n.º 5036/11.3TBVNG.P1.S1, relator Mário Mendes, disponível em www.dgsi.pt;

Ac. do STJ de 2013/10/03, processo n.º 2610/10.9TMPRT.P1.S1, relatora Maria dos Prazeres Pizarro Beleza, disponível em www.dgsi.pt;

Ac. do STJ de 2016/05/12, processo n.º 2325/12.3TVLSB.L1.S1, relator Tomé Gomes, disponível em www.dgsi.pt;

Ac. do STJ de 2017/04/27, processo n.º 273/14.1TBSCR.L1.S1, relator Tomé Gomes, disponível em www.dgsi.pt;

Ac. do TRL de 2007/05/10, processo n.º 3413/2007-6, relator Olindo Geraldês, disponível em www.dgsi.pt;

Ac. do TRL de 2011/11/23, processo n.º 88/10.6TMFUN.L1-2, relatora Maria José Mouro, disponível em www.dgsi.pt;

Ac. do TRL de 2012/05/15, processo n.º 1017/09.5TMLS.B.L1-7, relatora Dina Monteiro, disponível em www.dgsi.pt;

Ac. do TRL de 2012/05/15, processo n.º 9139/09.6TCLRS.L1-7, relator Luís Lameiras, disponível em www.dgsi.pt;

Ac. do TRL de 2013/02/19, processo n.º 249/11.0TMLS.B.L1-1, relatora Teresa de Sousa Henriques, disponível em www.dgsi.pt;

Ac. do TRL de 2013/10/22, processo n.º 16/11.1TBHRT.L1-7, relator Tomé Gomes, disponível em www.dgsi.pt;

Ac. do TRL de 2017/04/27, processo n.º 6647-15.3T8SNT.L1-6, relator António Santos, disponível em www.dgsi.pt;

Ac. do TRL de 2018/05/10, processo n.º 29812/15.9T8LSB.L1-2, relatora Ondina Carmo Alves, disponível em www.dgsi.pt;

Ac. do TRL de 2018/09/13, processo n.º 73/16.4T8CSC-2, relator Pedro Martins, disponível em www.dgsi.pt;

Ac. do TRL de 2019/02/21, processo n.º 3/18.9T8SXL.L1-2, relator Pedro Martins, disponível em www.dgsi.pt;

Ac. do TRP de 2010/06/14, processo n.º 318/09.7TBCHV.P1, relatora Maria de Deus Correia, disponível em www.dgsi.pt;

Ac. do TRP de 2011/03/15, processo n.º 5496/09.2TBVFR.P1, relator António Martins, disponível em www.dgsi.pt;

Ac. do TRP de 2013/02/14, processo n.º 999/11.1TMPRT.P1, relator Leonel Serôdio, disponível em www.dgsi.pt;

Ac. do TRP de 2013/04/22, processo n.º 2610/10.9TMPRT.P1, relatora Ana Paula Carvalho, disponível em www.dgsi.pt;

Ac. do TRP de 2019/06/03, processo n.º 3781/18.1T8AVR.P1, relatora Fernanda Almeida, disponível em www.dgsi.pt;

Ac. do TRC de 2004/05/18, processo n.º 1065/04, relator Dr. Isaías Pádua, disponível em www.dgsi.pt;

Ac. do TRC de 2020/01/21, processo n.º 139/18.T8LMG.C1, relator Moreira do Carmo, disponível em www.dgsi.pt;

Ac. do TRC de 2020/01/21, processo n.º 215/19.8T8CNT.C1, relator António Carvalho Martins, disponível em www.dgsi.pt;

Ac. do TRE de 2010/03/17, processo n.º 521/09.0TMFAR.E1, relator Almeida Simões, disponível em www.dgsi.pt;

Ac. do TRE de 2013/01/17, processo n.º 2062/11.6TBPTM.E, relator Paulo Amaral, disponível em www.dgsi.pt;

Ac. do TRE de 2013/03/21, processo n.º 292/10.7T2SNS.E1, relator José Lúcio, disponível em www.dgsi.pt;

Ac. do TRE de 2013/06/06, processo n.º 424/11.8TMFAR.E1, relatora Conceição Ferreira, disponível em www.dgsi.pt;

Ac. do TRE de 2013/12/19, processo n.º 4690/11.0TBPTM.E1, relator Bernardo Domingos, disponível em www.dgsi.pt;

Ac. do TRE de 2015/03/12, processo n.º 367/10.2T2SNS.E1, relatora Cristina Cerdeira, disponível em www.dgsi.pt;

Ac. do TRG de 2010/11/11, processo n.º 52/09.8TBMLG.G1, relatora Teresa Pardal, disponível em www.dgsi.pt;

Ac. do TRG de 2013/03/14, processo n.º 91/10.6TMBRG.G1, relator Manuel Bargado, disponível em www.dgsi.pt;

Ac. do TRG de 2013/11/25, processo n.º 320/12.1TBVLN.G1, relator António Beça Pereira, disponível em www.dgsi.pt;

Ac. do TRG de 2015/01/08, processo n.º 3835/11.5TJVNF.G1, relator António Santos, disponível em www.dgsi.pt.

Jurisprudência espanhola:

SAP de Barcelona, 18.^a secção, 7512/2000 de 2000/06/08, disponível em www.poderjudicial.es;

SAP de Madrid, 24.^a secção, 10950/2001 de 2001/07/18, disponível em www.poderjudicial.es;

SAP de Ciudad Real, 2.^a secção, 749/2003 de 2003/10/13, disponível em www.poderjudicial.es;

SAP de Cádiz, 5.^a secção, 1774/2004 de 2004/11/15, disponível em www.poderjudicial.es.