

compilações doutrinais

VERBOJURIDICO

**BREVES CONSIDERAÇÕES À
LEI DO CASAMENTO DESCARTÁVEL
(TAMBÉM CONHECIDA POR LEI DO DIVÓRCIO)**

DR. HUGO LANÇA

ADVOGADO E ASSISTENTE NA ESTG-IPB



verbojuridico[®]

JUNHO 2010

Título: **BREVES CONSIDERAÇÕES À LEI DO CASAMENTO DESCARTÁVEL**
TAMBÉM CONHECIDA POR LEI DO DIVÓRCIO

Autor: DR. HUGO LANÇA
Advogado e Assistente na ESTG-IPB de Beja

Data de Publicação: Junho de 2010

Classificação Direito Civil

Edição: Verbo Jurídico ® - www.verbojuridico.pt | .eu | .net | .org | .com.

Nota Legal: Respeite os direitos de autor. É permitida a reprodução exclusivamente para fins pessoais ou académicos. É proibida a reprodução ou difusão com efeitos comerciais, assim como a eliminação da formatação, das referências à autoria e publicação. Exceptua-se a transcrição de curtas passagens, desde que mencionado o título da obra, o nome do autor e da referência de publicação.



Ficheiro formatado para ser amigo do ambiente. Se precisar de imprimir este documento, sugerimos que o efective frente e verso, assim reduzindo a metade o número de folhas, com benefício para o ambiente. Imprima em primeiro as páginas pares invertendo a ordem de impressão (do fim para o princípio). Após, insira novamente as folhas impressas na impressora e imprima as páginas ímpares pela ordem normal (princípio para o fim).

Breves considerações à lei do Casamento Descartável *também conhecida por Lei do Divórcio*

Por Hugo Lança

I – Intróito

Através da Lei n.º 61/2008 de 31 de Outubro o legislador modificou o regime jurídico do divórcio, naquela que é indubitavelmente uma das mais profundas alterações ao regime legal do casamento, desde as alterações de 1977, impostas pelo regime constitucional vigente, na estreita decorrência dos princípios da revolução de Abril.

Damos ênfase a este facto: as alterações introduzidas no sistema legal vigente, modificam o conteúdo essencial do contrato de casamento, pela alteração substancial do modo como se termina o vínculo conjugal.

Esta nossa convicção encontra, desde logo, fundamento do facto de o Projecto de Lei, emanado do grupo parlamentar socialista, na exposição dos motivos, iniciar o projecto com uma definição de casamento na era moderna, que assenta “*Liberdade de escolha e igualdade de direitos e de deveres entre cônjuges, afectividade no centro da relação, plena comunhão de vida, cooperação e apoio mútuo na educação dos filhos, quando os houver, eis os fundamentos do casamento nas nossas sociedades*”¹².

Apesar de a lei não ter preâmbulo, algo *contra natura* mas que começa a assumir contornos de naturalidade, depreendemos da discussão política que antecedeu os dois debates parlamentares sobre a lei, que a *ratio legis* relaciona-se com um agilizar do processo de divórcio, extirpando do processo a noção de culpa, permitindo a um cônjuge terminar livremente o casamento, ainda que contra a vontade do outro, como corolário do princípio da liberdade individual, incompatível com a obrigatoriedade de alguém continuar casado contra a sua vontade.

Por outro lado, sublinha-se e saúda-se que a presente lei também modifica o Código Penal, criminalizando o progenitor que recusar, atrasar ou dificultar a entrega ou acolhimento do menor e/ou não cumprir o regime estabelecida para a convivência com o menor acordado na regulação das

¹ Texto apresentado na I Conferência sobre Família e Intervenção Social, realizada no ESEB/IPBeja no dia 15 de Julho de 2010.

² In Projecto de Lei 509/X.

responsabilidades parentais (art.º 249º), bem como, torna mais simples e exequível a responsabilidade criminal pelo não pagamento de alimentos. (art.º 250).

II – Diáspora pelo novo regime legal

Numa primeira leitura da nova lei, descobrimos que a primeira modificação pertinente é sobre o regime da afinidade; abandona-se a regra de que a mesma não cessa com a dissolução do casamento³, que já era criticada por alguma doutrina⁴, para se inaugurar um regime híbrida, pelo qual, a afinidade mantém-se após a dissolução do casamento por morte, mas termina com a dissolução do casamento por divórcio. Este regime “dualista”, cuja fundamentação o Projecto Lei e a própria lei não explicitam, é passível de gerar complexidades; com o progressivo esvaziamento dos efeitos da afinidade, apenas pertinente no que concerne a alimentos (ainda que forma muito residual) e a impedimentos matrimoniais, a alteração legislativa passa a permitir o casamento entre ex-afins, mormente, entre ex padraсто e enteada ou entre os ex genro e a sogra. Se é verdade que era diminuta a relevância social em manter-se este vínculo após o divórcio, não é pacífico que a susceptibilidade dos casamentos acima descritos, seja socialmente inócuo!

No que concerne ao divórcio por mútuo consentimento, reforçam-se as premissas avançadas nas últimas modificações legislativas: com o intuito de desdramatizar o divórcio e na esteira da desjudicialização da justiça, mantêm-se a premissa de centralizar na Conservatória do Registo Civil o pedido de divórcio - que apenas cai na alçada judicial quando as partes não conseguem alcançar os devidos acordos -, explicitando-se a obrigatoriedade do Conservador conferir a equidade dos acordos, permitindo-lhe o convite às partes para modificar o conteúdo dos mesmos, sob pena da inadequação dos acordos, originar a remessa do processo para o Tribunal competente (art. 1778º).

Sinal dos tempos, a lei expressamente consagra a existência de mecanismos de Mediação Familiar, curiosamente, na norma legal que vem substituir a existência da tentativa de conciliação; aceita-se que a eventual aproximação entre cônjuges desavindos seja feita por peritos da especialidade, desresponsabilizando-se o Conservador e o Juiz de vestirem um “fato” que nunca lhes “assentou”! No entanto, o que fica escrito apenas tem validade no divórcio por mútuo consentimento, porquanto, nos restantes casos, a tentativa de conciliação continua a ser obrigatória (art. 1779º).

³ Redacção anterior do art.º 1585.

⁴ Assim, Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira, Curso de Direito da Família, Vol.I, 4ª Edição, Coimbra Editora, 2008, p. 47.

III – O “novo” Divórcio

Com a entrada em vigor do novo regime legal, o divórcio litigioso é “rebaptizado” de divórcio sem consentimento de um dos cônjuges, em corolário com os princípios expostos, que procuram extirpar da ruptura do casamento a noção de “culpa” e “litígio”

De acordo com o disposto no artigo 1781, são fundamentos do divórcio sem o consentimento do outro cônjuge:

- a) A separação de facto por um ano consecutivo;
- b) A alteração das faculdades mentais do outro cônjuge, quando dure há mais de um ano e, pela sua gravidade, comprometa a possibilidade de vida em comum;
- c) A ausência, sem que do ausente haja notícias, por tempo não inferior a um ano;
- d) Quaisquer outros factos que, independentemente da culpa dos cônjuges, mostrem a ruptura definitiva do casamento;

O elenco começa o seu desfile com uma causa objectiva de divórcio, a saber, a separação por um ano consecutivo. Comparando o regime actual com o seu precedente, constatamos uma dieta no prazo, que baixou de três para um ano, o que apresenta uma certa coerência com os “estado da arte”, na construção de uma sociedade mais descartável e hedonista. Suscita dúvidas as razões que justificam a manutenção desta causa objectiva de divórcio, mormente a sua compatibilização com o previsto na alínea d) do mesmo artigo. Mas deixamos esta indagação para um momento posterior.

Na alínea b), na esteira do regime anterior, entende que a alteração das faculdades mentais do outro cônjuge é uma motivação legítima para o divórcio, quando a mesma perdure há mais de um ano (eram três na versão ora revogada). Sublinhe-se que já na velhinha lei de 1910 esta causa era entendida como uma motivação legal para o processo de divórcio! (na época denominada de “loucura incurável”).

Com honestidade urge assumir que não é fácil a posição do legislador sobre esta específica causa: confluem de forma contraditória dos primados da definição social e legal de casamento, cuja valoração não é linear; com efeito, se a “alteração das faculdades mentais” corrói a ligação íntima entre os cônjuges fazendo perigar a essência do casamento – a plena comunhão de vida -, não é menos verdade que os cônjuges assumem voluntariamente a jurídica vinculação de estarem presentes na felicidade e na provação, ou seja, o dever jurídico de assistência que acompanha todo o percurso matrimonial e poderá nem morrer com o divórcio, quando causas justifiquem o pagamento de alimentos ao ex-cônjuge. Na balança dos argumentos, ao longo dos anos, tem pesado para o legislador a convicção que impor a alguém o fardo de continuar casado com alguém que perdeu a lucidez seria demasiado oneroso. É discutível a opção, mas aceitável. O risco de obrigar alguém a continuar casado nestas circunstâncias e contra a sua vontade, poderia ser um preço com consequências complicadas de pagar! Especialmente quando no regime quebrado com as alterações

de 98, onde juiz poderia/deveria negar a pretensão quando fosse previsível que a consumação do divórcio pudesse agravar consideravelmente o estado de saúde do réu!

No que diz respeito à ausência, se se compreende perfeitamente que o desaparecimento sem justificação seja uma causa óptima para divórcio, sublinha-se que a sua manutenção na lei é uma indesejada redundância. Assim, se se exige que a ausência seja superior a um ano, então nada obsta que o requerente utilize o disposto na alínea a) do mesmo artigo, ou seja, a separação de facto por um período superior a um ano. No regime antigo, onde este prazo era de três é que existia um efeito útil em consagrar um regime específico para a ausência o que, faça ao novo regime, se torna inútil.

Mas é no que concerne à parte final do disposto no supra citado artigo, que se centra a querela.

No regime vigente anterior, o regime legal do divórcio tinha como pedra fundamental a violação culposa dos deveres conjugais pelo outro cônjuge, facto que originava o poder potestativo de requerer o divórcio litigioso: a disposição em análise rasga os princípios que norteavam o divórcio, inaugurando a época do divórcio sem culpa.

Ponto de ordem: entendo que o direito ao divórcio é um direito constitucional, que decorre da própria dignidade da pessoa humana; não concebia viver numa sociedade em que a consagração do casamento fizesse erigir um vínculo indestrutível entre marido e mulher, que a lei fosse cega ao devir da sociedade e abraçasse a tese de que “até a morte os separe”. Se ambos partilham o desejo de se divorciar, se um deles desapareceu para parte incerta ou mesmo certa, se os valores fundamentais do casamento são violados, mormente se um deles traí, mente, esbanja, bate, subscrevo que o Direito tem de encontrar mecanismos para fazerem cessar um vínculo que, na prática, já se quebrou!

Mas, o que está em causa é a tutela da pretensão de alguém cessar o casamento, contra a vontade do outro cônjuge, ou seja, mudar a lógica do direito potestativo que norteava o pedido de divórcio. Se no regime deposedo era a “vítima” que tinha o poder de pedir o divórcio, o regime actual consagra um direito análogo para o “carrasco”.

Diz-se que o divórcio sem culpa é a emanção de uma sociedade mais aberta, plural e tolerante, que o “espírito do tempo” não é compatível com um legislador que castra o direito a procurar a felicidade, que o casamento apenas faz sentido existir quando o amor une as partes. Mais. Que impor constrangimentos económicos para o fim do casamento é a mercantilização da vida conjugal. E não deixam de ser frases bonitas: mas pode o direito regular sendo surdo à sociedade em que se insere, esquecendo e escamoteando as idiosincrasias de um povo, as vicissitudes das suas gentes e a sua condição social, cultural e económica?!

Se a lei actual é um doce chocolate para o cônjuge que se pretende divorciar, será que não se criaram as condições legais para a completa e absurda desprotecção para o outro?

É curial sublinhar-se a natureza jurídica contratual do casamento. Porque decorre da lei que sempre definiu o casamento como contrato, sendo que a Doutrina foi quase unânime a aceitar essa premissa! Mas será válida de acordo com a legislação coeva?

Furtando as sábias palavras de Almeida Costa o “contrato é um negócio em que existe a manifestação de duas ou mais vontades distintas, prosseguindo interesses e fins diversos, que podem até ser opostos, mas que se ajustam reciprocamente, com vista a um resultado unitário”⁵.

In casu, o casamento é o resultado unitário, do qual surgem, ou surgia, direitos e deveres recíprocos entre os cônjuges, a saber, os deveres de fidelidade, respeito, coabitação, cooperação e assistência, cuja violação, permitia ao cônjuge inocente, caso desejasse e verificados outros requisitos, pedir o divórcio! Ou seja, eram verdadeiros deveres jurídicos, cujo incumprimento tinha uma sanção jurídica, neste caso um direito potestativo. Com a modificação legislativa e salvo melhor interpretação - da confusão legal que infra vamos desenvolver -, é impróprio continuar a falar em deveres decorrentes do casamento, porquanto hoje mais não são do que meras normas de conduta, meros indicadores do comportamento matrimonial, cujo incumprimento é juridicamente estéril!

Ou não! Porque o novo regime legal tem subtilezas complexas de compreender! Sem delongas, vamos ao cerne da complexidade, especificamente, a alínea d) que, recordamos, reza assim: *quaisquer outros factos que, independentemente da culpa dos cônjuges, mostrem a ruptura definitiva do casamento!*

E a delicada questão que se coloca é a seguinte: que factos são estes que demonstrem a ruptura do casamento? Como se alega e provam! E o que acontece se o tribunal não os dá como provados? Indefere o pedido, recusando o divórcio?

As respostas não são simples quando se recorre à hermenêutica legislativa, procurando confrontar a discussão parlamentar subjacente à lei nova e a sua posterior redacção!

Havia um⁶a solução simples, que corresponde ao acordo de vontades que sufragou a lei vigente: divórcio automático por simples declaração de um dos cônjuges, que seria eficaz, após a notificação ao outro: era este o caminho desejado e seria mais simples se estivesse explicitamente plasmado no texto legislativo. Mas por uma estranha espécie de cobardia, o que dispõe a lei é pela obrigatoriedade de invocar factos, que, pela sua natureza, carecem de prova. Mais. Factos que têm de justificar a ruptura definitiva do casamento! Serão estes a violação, por si ou pelo outro dos deveres conjugais? Ou valerá como facto a inexistência de amor ou a infelicidade matrimonial? Porque se decorre da lei que seriam estas situações a justificar o fim do vínculo matrimonial, suscita dúvidas como se justificam com factos a inexistência de amor ou infelicidade, como o tribunal poderá dar como provado ou não estas premissas...

Oferecer uma boa interpretação para uma péssima redacção legal é sempre complexo e falível, mas, assumimos o risco, acrescido pelo facto de derogarmos uma premissa interpretativa fundamental do Direito, para afirmar, não sem receio, que a lei nova consagrou o direito potestativo ao divórcio imotivado, ou seja, saindo do “jurisdicês”, a lei nova permite que qualquer cônjuge a

⁵ Almeida Costa, Direito das Obrigações, 3ª Edição, p, 177)

⁶

qualquer momento e por qualquer razão ou mesmo sem ela, possa requerer o divórcio, ficando o outro na posição inelutável de aceitar o divórcio, sem que nada possa fazer!

Mas terá sido a lei do divórcio a mudar? Pugno que não! O que mudou foi a Instituição do casamento! O casamento mudou na sociedade e a legislação acompanhou o devir da sociedade!

Com a pretérita afirmação, não procuro abrir uma lacuna para expressar considerações sobre a recente alteração legal ao regime do casamento, que permite o casamento entre duas pessoas, independentemente dos sexos! Defendi antes e mantenho agora que a proibição do casamento por pessoas do mesmo sexo já era inconstitucional, após a revisão de 2005, onde, expressamente se proibiu a discriminação em virtude da orientação sexual, num tempo, em que a magna questão de alegada discriminação em relação aos homossexuais era a negação do casamento civil! Como, apenas surpreenderá os distraídos e os demagogos, quando, num espaço temporal muito reduzido, se modificar a definição de casamento, derogando a obrigatoriedade do casamento ser entre duas pessoas, permitindo desta forma o casamento poligâmico que, como se sabe, numa análise de Direito Comparado é muito mais usual que o casamento entre homossexuais⁷.

O que me move, ao sustentar que na esteira das modificações legislativas ao divórcio existe uma alteração sociológica ao casamento, relaciona-se com a forma como desde os finais do século XX os povos interpreta a noção de casamento, sem paralelo com a história mais recente ou mais longínqua!

Historicamente o casamento fundia-se com a noção de complementaridade dos sexos, definindo-se pela solidariedade!

Não vou maçar o leitor com definições como a sociedade natural, correspondente a uma profunda e transcendente exigência do ser humano que precede o próprio Estado, um elemento biológico da união dos sexos e da procriação, a necessidade de protecção sob a autoridade do *parterfamilias* de que dissertavam os Romanos, posteriormente alimentado pelo peso do Cristianismo ao nível de um sacramento, fonte permanente de graça. É despiciendo recordar que desde a Idade Média até à muito recente e inacabada emancipação da mulher, que o casamento caracterizava pela diversidade de funções: ao marido incumbia conseguir os rendimentos familiares, enquanto a mulher tinha a incumbência do governo da casa e da educação dos filhos, numa situação de inferioridade social e legal perante o marido!

⁷ *In casu* e tendo como bom um estudo de Cientistas da Universidade de Sheffield, Inglaterra, há razões de saúde pública que defendem a poligamia, porquanto no referido estudo os cientistas perceberam que “homens acima de 60 anos de 140 países poligâmicos têm uma expectativa de vida em média 12% maior que a de homens de 49 nações monogâmicas. Os dados, obtidos a partir de relatórios da Organização Mundial da Saúde (OMS), foram calculados de maneira a desconsiderar factores socioeconómicos nos diferentes países”. In <http://g1.globo.com/Noticias/Ciencia/0,,MUL731687-5603,00-HOMENS+POLIGAMOS+VIVEM+MAIS+QUE+MONOGAMOS+DIZ+ESTUDO.html>

Igualmente irrelevante é sublinhar que as motivações para o casamento na história não encontram comparação com as do presente: de forma mais ou menos mitigado, os noivos eram ilustres desconhecidos, sendo os casamentos acordos celebrados entre os pais dos nubentes ou meros contratos quase mercantilistas entre pessoas próximas, com mais ou menos afinidade, mas, em que noções como a afectividade, paixão e amor eram pormenores insignificantes na decisão matrimonial! Não se procure nestas palavras a arrogância de acreditar que as grandes histórias de amor são filhas do século XX; podemos continuar a comover-nos com os amores de Pedro e Inês de Castro, reler os grandes romances da nossa história colectiva e acreditar sem credulidade que já havia amor matrimonial antes do século passado; apenas, se sublinha, que a afectividade não era a condição primeira e bastante que determinava o casamento, antes, pugnavam-se que a afectividade nascia com a convivência, com o percurso de uma vida, sendo portanto uma consequência do casamento e não a sua causa!

Por múltiplas razões que não cabem nesta conferência, em meados do século XX há, no Ocidente, uma alteração fundamental na noção social de casamento, tornando-se a afectividade, o amor ou mesmo a paixão condição para o casamento! Uma época – que o tempo dirá se transitória ou não – em que os noivos casam-se porque se amam, porque comungam do desejo de procurar de procurar em conjunto a felicidade!

E é exactamente por o casamento se fundir no amor recíproco, que a sociedade, primeiro, e agora a lei, sustenta que o esfumar desse amor justifica o divórcio, aquilo que desde há anos a doutrina brasileira de mais alto coturno designa como “o desamor como causa de divórcio”!

Aparentemente a nova lei do Divórcio vem responder ao novo paradigma do casamento: se duas pessoas se casam porque ambas se amam, o facto de uma deixar de amar legitima-a a divorciar-se, sendo socialmente inaceitável que alguém fique contra vontade preso ao peso do casamento, contra sua vontade! Defendem os apologistas da lei, que quando um dos cônjuges perde o desejo de permanecer casado o casamento terminou, pelo que o divórcio não é mais do que o reconhecimento jurídico do fim do casamento, posição que, reconhece-se, é dificilmente atacável!

Excepto num ponto! Esquece-se o legislador que, sendo certo, que o casamento se baseia no amor, gera vínculos jurídicos entre os cônjuges, quer familiares, quer patrimoniais, que urgem ser resolvidos!

Na premissa anterior fazemos alusão expressa a duas questões: a questão da responsabilidade parental e a partilha dos bens entre os ex-cônjuges! E este é o pecado capital da lei nova: se é rápida e célere a resolver a questão do vínculo conjugal, de uma forma aparentemente indolor, extirpando as longas, complexas, tenebrosas e dolorosas discussões sobre a culpa no casamento, é pueril, quando não ingénua, na resolução das questões patrimoniais e de responsabilidade patrimonial!

Sem preocupações de exaustividade, traz-se à colação alguns dos aspectos mais perversos do novo enunciado legislativo, justamente criticado por alguns operadores judiciais:

- o facto de após o divórcio se manter como regra a responsabilidade parental conjunta⁸ é um avanço civilizacional; infelizmente demasiado avançado para uma sociedade como a lusitana, onde, demasiadas vezes, os divórcios se encaram como guerras civis, onde os progenitores cortam entre si todos os laços, tal como os comunicacionais, onde se desrespeitam os acordos celebrados - quer os monetários, quer da convivência da criança com o outro progenitor -, recaindo sobre o Tribunal a obrigação de dirimir conflitos, tantas vezes falsos conflitos, motivados unicamente pelo desejo de um dos ex-nubentes, melindrar, tanto quanto possível, o outro;

- a possibilidade de exigência de alimentos, independentemente da culpa o que, por absurdo, permite a um condenado por violência doméstica exigir do agredido a pensão de alimentos;

- a possibilidade, prevista no artigo 1676º CC, de o cônjuge exigir compensação se a sua contribuição para os encargos da vida familiar *for consideravelmente superior ao previsto no número anterior, porque renunciou de forma excessiva à satisfação dos seus interesses em favor da vida em comum, designadamente à sua vida profissional, com prejuízos patrimoniais importantes,*

- por fim, O cônjuge lesado tem o direito de pedir a reparação dos danos causados pelo outro cônjuge, nos termos gerais da responsabilidade civil e nos tribunais comuns.

Do elenco exemplificativo, permite-se a compreender que, apesar de o divórcio ser agora rápido e aparentemente indolor, a teia jurídica que unia os então casados perdura para lá do divórcio, não faltando motivações para que a relação conjugal venha ao sentar-se no tribunal, porquanto, ao fechar-se uma porta abriu-se uma casa de janelas, que permite eternizar o processo de Divórcio, ainda que agora com outros nomes e, alegadamente, outras motivações!

No regime deposto, a divórcio litigioso era um processo difícil, doloroso para os envolvidos, onde a intimidade de ambos era devassada na sala do Tribunal; uma dolorosa catarse onde se expunham as razões da falência da relação matrimonial! No novo regime, aboliu-se a culpa tornando simples o divórcio! O problema é que após o divórcio, todos os problemas ficam por resolver, pelo que as partes regressam ao tribunal para, tantas e tantas vezes, exporem as misérias da intimidade conjugal, num processo igual ao que sempre foi, baptizado de forma diferente, porquanto, numa euforia voluntarista, esqueceram-se que o divórcio não era um processo duro pelo

⁸ Artigo 1906.º Exercício das responsabilidades parentais em caso de divórcio, separação judicial de pessoas e bens, declaração de nulidade ou anulação do casamento

1 — As responsabilidades parentais relativas às questões de particular importância para a vida do filho são exercidas em comum por ambos os progenitores nos termos que vigoravam na constância do matrimónio, salvo nos casos de urgência manifesta, em que qualquer dos progenitores pode agir sozinho, devendo prestar informações ao outro logo que possível.

2 — Quando o exercício em comum das responsabilidades parentais relativas às questões de particular importância para a vida do filho for julgado contrário aos interesses deste, deve o tribunal, através de decisão fundamentada, determinar que essas responsabilidades sejam exercidas por um dos progenitores.

previsto no Código Civil, mas doloroso em si mesmo, pelas vivências, sonhos e desejos que encerra!

Beja, 14 de Junho de 2010