O DIVÓRCIO NO DIREITO ROMANO ALGUMAS REFERÊNCIAS À SUA EVOLUÇÃO HISTÓRICA E AO DIREITO PORTUGUÊS

Antônio Santos Justo
Catedrático da Universidade de Coimbra.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0206

I DIREITO ROMANO

1. ANTELÓQUIO

Não se ignora que procurar a origem de qualquer figura jurídica para depois estudarmos a sua evolução até aos nossos dias é peregrinar pela longa noite do tempo, sem fontes que nos ofereçam a indispensável base sólida. Exactamente por isso, tem-se afirmado que devemos preferir a ars ignorandi a tentativas de avançar com simples hipóteses que, sendo insusceptíveis de confirmação, estão inevitavelmente condenadas ao insucesso.

Se estas dificuldades são comuns aos historiadores, o cultor do direito romano tropeça com outra: a suspeita de que diversas fontes estão alteradas, sem saber por quem e quando. E ainda mais graves são as divergências sobre a existência e o alcance das interpolações, problema que contribuiu decisivamente para o descrédito da ciência romanística e do próprio direito romano[1] . O romanista é, hoje, um jurista isolado que os cultores de outras ciências jurídicas não compreendem, porque há muito deixou de falar a mesma linguagem[2].

Já no século XIX, KOSCHAKER diagnosticou este drama e, perante opiniões tão radicalmente opostas sobre as interpolações, propôs o regresso a SAVIGNY, ou seja, ao estudo do direito romano justinianeu seguindo o método pandectístico[3]. Todavia, a crise tem-se agravado e, por isso, vimos defendendo que o estudo do direito romano deve centrar-se na época justinianeia sem, no entanto, olvidarmos as épocas anteriores sempre que a sua presença se considere indispensável, como ocorre no presente estudo.

Finalmente, importa referir que, seguindo o critério jurídico interno, ocupar-nos-emos do divórcio sucessivamente nas épocas arcaica, clássica, pós-clássica e justinianeia. E terminaremos com breves referências à Idade Média, à Idade Moderna, à Idade Contemporânea e ao Direito Português.

1 Nas palavras de Lucien CAES, "Niente di più facile, ma nello stesso tempo di menos cientifico, che il

2 Vide A. Santos JUSTO, A crise da romanística no BFDUC LXXII (1996) 42-44.

3 Vide Sebastião CRUZ, Direito romano.(ius romanum). I. Introdução. Fontes4 (Ed. do Autor / Coimbra, 1984) 107-108.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0206

2. ÉPOCA ARCAICA

2.1 TEMPOS MAIS ANTIGOS

Nos primeiros séculos da época arcaica[4], as fontes são escassas e não oferecem uma informação precisa sobre o regime jurídico do divórcio. Na sua ausência, impôs-se, em relação ao tempo que decorre entre Rómulo e a Lei das XII Tábuas, a explicação lendária que observamos fundamentalmente nas obras posteriores de DIONÍSIO DE HALICARNASSO e DE TITO LÍVIO[5] . Todavia, como facilmente se reconhece, é extremamente difícil separar a pura lenda da realidade histórica.

Lendária é, v.g., a referência de PLUTARCO a uma lei de Rómulo que teria reconhecido quatro casos de repúdio da mulher pelo marido: tentativa de envenenamento, utilização de chaves falsas, simulação de parto e adultério. Fora destas causas, o marido que repudiasse a sua mulher devia entregar-lhe metade dos bens e consagrar a outra metade à deusa Ceres. Ademais, era devotado aos deuses infernais[6] . Embora não passe duma lenda, nem por isso a romanística tem deixado de discutir se as chaves falsas seriam as da casa que a mulher recebia do marido logo após o matrimónio; ou se eram as chaves da adega onde se guardava o vinho utilizado nos sacrifícios religiosos[7].

E não menos lendária parece a existência de um conselho de parentes próximos da mulher ou tribunal doméstico (consilium propinquorum ou iudicium domesticum[8]) , criado para intervir nas acusações contra as mulheres. É provável que fosse presidido pelo paterfamilias, apreciasse as causas e desse uma opinião que, embora não soberana, impediria o marido de decidir contrariamente, sob pena de ser severamente julgado pela opinião pública muito estimada em Roma. Este tribunal, que nos primeiros tempos teria cumprido escrupulosamente a sua função, perdeu paulatinamente o seu interesse, acabando os membros por se desinteresr da sorte das mulheres e tornando-se até cúmplices dos maridos [9].

Seja como for, o divórcio é muito antigo e não se afigura ousada a hipótese que refere a sua prática na civilização etrusca que antecedeu a romana[10].

4 Esta época começa no ano 753 a.C. (fundação de Roma) e termina no ano 130 a.C., data da famosa lex Aebutia de formulis que legalizou o processo das fórmulas (agere per formulas) que contribuiu decisivamente para o progresso da ciência jurídica romana (iurisprudentia) e, consequentemente, do próprio direito romano. Vide CRUZ, ibidem 43-45 e 333; e JUSTO, Direito privado romano – I. Parte geral (Iintrodução. Relação jurídica. Defesa dos direitos)4 em Studia Iuridica 50 (Coimbra Editora / Coimbra, 2008) 18 e A evolução do direito romano no BFDUC. Volume comemorativo do 75 tomo (Coimbra, 2003) 50-53.

5 Vide Eduardo Ruiz FERNANDEZ, El divorcio en Roma (Universidad Complutense - Facultad de derecho / Madrid, 1992) 26.

6 Cf. PLUTARCO, Rom., 29.

7 Vide Sílvio A. B. MEIRA, A legislação romana do divórcio em Novos e velhos temas de direito (Forense / Rio de Janeiro, 1973) 13.

8 Cf. Cf. AULO GELIO, 17,21,44; e TITO LIVIO, 3,19.

9 Vide FERNANDEZ, ibidem 32, 37, 38 e 55.

10 Vide MEIRA, o.c.12.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0206

O divórcio pressupõe, como requisito fundamental, a existência de um matrimónio[11] e, por isso, à sua compreensão não é indiferente a determinação da sua natureza, afirmando-se a doutrina para a qual se trata, nas primeiras épocas, duma relação de facto socialmente reconhecida que subsiste enquanto durarem a estima e o afecto recíproco e a vontade de viverem juntos como marido e mulher, factores compreendidos na conhecida expressão affectio maritalis[12]. Portanto, a falta desta implicava a dissolução do matrimónio, ou seja, o divórcio[13].

Discute-se, ainda hoje, o sentido técnico da terminologia divortium e repudium. Sem esquecer a sábia advertência do nosso Mestre Sebastião CRUZ de que as palavras gastam-se com o uso e prostituem-se com o abuso, têm sido apresentadas várias hipóteses, destacando-se: a que entende que repudium é o acto de manifestação de vontade contra a continuação do matrimónio, enquanto divortium é o efeito produzido por este acto, ou seja, a cessação do vínculo; a que considera que repudium é o acto do homem que afasta a mulher, sendo divortium o da mulher que se afasta[14]; e a que, reconhecendo a dificuldade na sua aplicação, observa que divortium facere e repudium mittere são expressões usadas promiscuamente em relação ao homem e à mulher[15]. Parece fora de dúvida que só muito mais tarde, por influência cristã, adquiriram significados precisos: repudium passou a traduzir o divórcio unilateral; e divortium, o divórcio por mútuo acordo ou bilateral[16].

De todo o modo, importa ter presente que o vocábulo divortium está ligado ao verbo divertere que significa separar, ir por caminhos diversos, como observamos no texto atribuído a GAIUS que transcrevemos:

> *"Diz-se divórcio ou pela diversidade de ânimo ou porque os que dissolvem o matrimónio vão para partes diferentes"*[17].

Ainda nesses tempos mais remotos, durante os quais o matrimónio era, via de regra, acompanhado da conventio in manu, que colocava a mulher (uxor) sob o poder marital (manus), os romanistas sugerem que só o marido podia

11 Vide Pietro BONFANTE, Corso di diritto romano I. Diritto di famiglia (Attilio Sampaolesi – Editore / Roma, 1925) 245; e JUSTO, Direito privado romano – IV (direito da família) em Studia Iuridica 93 (Coimbra Editora / Coimbra, 2008) 90-91.

12 Vide MEIRA, o.c. 23; JUSTO, Direito privado romano – IV (direito da família), cit. 64; BONFANTE, ibidem 244¸ Károly VISKY, Le divorce dans la legislation de Justinien em RIDA XXIII (1976) 241 e 258; Manuel Salvadores POYAN, Comentarios y critica sobre el divorcio a traves de la historia del derecho romano em Estúdios jurídicos en homenaje ao Profesor Ursicino Alvarez Suarez (Facultad de Derecho – Universidad Complutense de Madrid / Madrid, 1978) 448. Contra, vide Rodolfo VASQUEZ, Consideraciones sobre el divorcio como derecho fundamental em Estúdios en homenaje al Profesor Juan Iglesias III (Seminário de Derecho Romano "Ursicino Alvarez" / Madrid, 1988) 1681.

13 Vide BONFANTE, ibidem 244; Edoardo VOLTERRA, Divorzio (diritto romano) em NNDI VI (1960) 62;VISKY, ibidem 241; e JUSTO, ibidem 94

14 Cf. D. 40,9,14,2.

15 Cf. D. 24,1,57; -24,1,64; -24,3,34.

16 Vide BONFANTE, ibidem 244; VOLTERRA, ibidem 62; ZEUMER, apud Manuel Salvadores POYAN, ibidem 447; MEIRA, o.c. 16; e JUSTO, ibidem 89.

17 D. 24,2,2pr.: "Divortium autem vel a diversitate mentium dictum est, vel quia in diversas partes eunt, qui distrahunt matrimonium".

https://doi.org/10.55104/FRDC_0206

afastar a mulher porque, encontrando-se na situação de loco filiae, precisava de autorização do marido[18]. E, embora a sua recusa pudesse ser ultrapassada pelo magistrado que fingia cumprida a remancipatio da mulher, esta necessitava da auctoritas tutoris para se poder divorciar. Ou seja, a mulher não podia divorciar-se sem o consentimento do marido ou do tutor[19]. Só mais tarde com a introdução e a generalização do matrimónio sine manu, em momento que se ignora, a mulher libertou-se da manus mariti e, em consequência, passou a gozar da liberdade de se divorciar[20].

Igualmente no campo das hipóteses encontramos a eventual necessidade do consentimento dos pais para o divórcio dos seus filhos. Tratando-se de matrimónio sem a conventio in manum, a mulher continuava sujeita à patria potestas do chefe da sua família originária e, destarte, não se podia divorciar sem o seu consentimento. Pior: se o seu paterfamilias quisesse, podia divorciá-la, não faltando patresfamilias sem escrúpulos em provocar os divórcios, com os quais recuperavam os dotes que tinham entregado aos genros[21]. E dispunham de meios que lhes permitiam recuperar as filhas, afastando-as da casa dos maridos, como, v.g., os famosos interdicta de liberis exhibendis e ducendis, cuja aplicação teria sido possível, a avaliar pelas palavras de ULPIANUS, que transcrevemos:

> *"Se alguém quisesse levar a sua filha que estava casada comigo, ou desejasse que lhe seja exibida, ter-se-á de dar excepção contra o interdito …"*[22].

Ora, sabendo-se que, na época clássica, o pretor utilizou a exceptio para retirar esta faculdade aos patresfamilias, consagrando o novo direito de que, ainda nas palavras de ULPIANUS, *"não se perturbem com o direito da patria potestas os matrimónios que vivem em boa harmonia"*[23], parece possível sustentar que, durante muito tempo, os patresfamilias gozaram da faculdade de divorciar as filhas sobre as quais conservassem a patria potestas[24]. Trata-se, no entanto, duma situação particularmente delicada que revela bem a posição que o paterfamilias ocupava na família romana. Que se agrava, se considerarmos que também podia impedir um filho de repudiar a sua mulher e obrigá-lo a repudiá-la: são também consequências da patria potestas que retirava aos filhos in potestate qualquer poder sobre as mulheres e filhos[25].

Situação algo análoga ocorria com a mulher liberta casada com o seu

18 Vide FERNANDEZ, ibidem 19, 44 e 52; VISKY, ibidem 241; MEIRA, o.c. 13; e JUSTO, ibidem 93.
19 Vide FERNANDEZ, ibidem 52.
20 Vide FERNANDEZ, ibidem 44.
21 Vide FERNANDEZ, ibidem 47.
22 D. 43,30,1,5: "Si quis filiam suam, quae mihi nupta sit, velit abducere, vel exhiberi sibi desideret, an adversus interdictum exceptio danda sit…". Vide Siro SOLAZZI, In tema di divorzio no BIDR 34 (1025) 1, 27 e 28.
23 D. 43,30,1,5: "… Et certo iure utimur, ne bene concordantia matrimonia iure patriae potestatis turbentur…" Cf. também: PS V,6,15; C. 5,17,5.
24 Vide G. LONGO, Sullo scioglimento del matrimonio per volontà del paterfamilias no BIDR XL (1932) 201-202.
25 Vide FERNANDEZ, ibidem 46.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0206

patrono. É provável que não se pudesse divorciar enquanto este mantivesse a vontade de a ter como sua mulher. Ou seja, a dissolução do matrimónio dependia exclusivamente da vontade do patrono e não da liberta. Vale a pena transcrever um excerto dum texto de ULPIANUS:

> *"… Não tem esta o direito de matrimónio com outro enquanto o seu patrono não quiser que ela seja sua mulher … Com qualquer que se tenha casado, será considerada como não casada…"*[26].

Neste fragmento, o jurisconsulto romano comenta a lex Iulia et Papia, mas não parece improvável que este rigor se aplicasse anteriormente, tendo em atenção que a liberta foi manumitida matrimonii causa[27]. Se a mulher liberta repudiasse o marido-patrono contra a vontade deste, incorria na perda do ius conubii e é provável que regressasse ao estado anterior de servidão[28].

Continuando no campo das hipóteses, merece também referência especial o formalismo exigido no divórcio. Como observa BONFANTE, o acto de dissolução do matrimónio não comporta formalidade. Prescindindo do matrimónio celebrado na forma da confarreatio, a literatura dos tempos de PLAUTO[29] recorda fórmulas de repúdio de mulheres[30] que mostram a expulsão ofensiva e violenta da casa dos maridos: foras, vade foras, baete foras[31] ou res tuas tibi habeto ou agito[32] , que, embora ainda recordadas por GAIUS[33] , teriam sido as mais antigas[34]. Há ainda referência a actos simbólicos, como tirar ou entregar as chaves[35] e romper as tábuas nupciais[36]. E refere-se igualmente a prévia deslocação dos cônjuges ao tempo da deusa Viriplaca, no monte Aventino, onde, através de auspícios, se tentava a reconciliação na presença dos pais, filhos e amigos. Este ritual depressa terá sido abandonado porque, na prática, a deusa era tão frequentemente burlada que se instalou a dúvida da sua influência[37]. Por isso, tem-se dito que aquelas formas não revestiam um significado legal e solene de um acto meramente privado que dispensava a presença e a acção do magistrado romano[38]. Assinala-se, no entanto, uma particularidade: se o matrimónio tivesse sido celebrado na forma solene da confarreatio, o divórcio realizar-se-ia através da prática de formalidades especiais que incluíam, na presença dos pontífices, uma oferenda a Júpiter e certas palavras solenes, nas quais o marido manifestava a vontade de separar-se da mulher[39]. Tratava-se da difarreatio, que extinguia a

26 D. 24,2,11: "… merito igitur quamdiu patronus eius eam uxorem vult, cum nullo alio connubium ei est… Quare cuicunque nupserit, pro non nuota habebitur…"
27 Vide VOLTERRA, ibidem 213-216 e 230; e BONFANTE, o.c. 249.
28 Cf. D. 24,2,10; -24,2,11.
29 Cf. PLAUTO, Cas. 2,2,35 e 210.
30 Vide MEIRA, o.c. 25.
31 Cf. PLAUTO, Cas. 2,2,35.
32 Cf. PLAUTO, Amph. 3,2,47; Trin. 2,1,30; Cist. 4,2,102.
33 Cf. D. 24,2,2,1.
34 Vide BONFANTE, o.c. 245; e JUSTO, ibidem 90.
35 Cf. CICERO, Phil. 2,28,69.
36 Cf. TACITO, Ann. 11,30.
37 Vide FERNANDEZ, o.c. 50.
38 Vide BONFANTE, o.c. 246; e POYAN, o.c. 450.
39 Cf. PLUTARCO, Quaest. Rom., 50.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0206

manus[40].

Realizado o divórcio, os cônjuges separavam-se e, recuperando a sua liberdade, cada um seguia o seu caminho. Todavia, tratando-se de matrimónio acompanhado de conventio in manum, os deveres de mulher cessavam, mas, continuando na situação de loco filiae mariti, a manus permanecia e, em consequência, os bens que tivesse levado para o matrimónio continuavam na propriedade do marido ou do paterfamilias de quem este se encontrasse dependente. Ou seja, readquirindo a sua liberdade, o marido podia contrair novas núpcias, enquanto a ex-mulher, porque sujeita à manus do ex-marido (ou do paterfamilias deste), não podia voltar a casar sem o consentimento daquele (ou do sogro)[41]. Esta situação só se alterou quando as mulheres puderam contrair o matrimónio chamado livre, ou seja, sine manu. E mesmo depois, perdiam o dote, circunstância que as impedia praticamente de contrair novas núpcias, porque havia, em Roma, a prática de os Romanos não casarem com mulheres sem dote[42].

Se a causa do divórcio se traduzisse num crime punível com a pena de morte, o cônjuge que o praticou não ficava afastado desta pena. Em relação aos filhos, o pater continuava a exercer a patria potestas sem nenhuma limitação[43].

Poder-se-á, concluir, afirmando que, nos tempos mais remotos de Roma, quase tudo é lendário. Todavia, os indícios, que mostram algumas verdades, permitem referir que o divórcio se traduzia na quebra da affectio maritalis que constituía o cimento do matrimónio. Exceptuando a conferratio, e sendo o matrimónio uma situação de facto de carácter privado que durava enquanto a vontade dos cônjuges testemunhasse aquela affectio, se esta faltasse o matrimónio dissolvia-se imediatamente, ou seja, ocorria o divortium. E deve destacar-se também a grande inferioridade da mulher, consequência da concepção que os Romanos (e os Gregos) tinham da natureza feminina: fragilitas sexus.

2.2 TEMPOS MENOS ANTIGOS

Durante o período que decorre entre a Lei das XII Tábuas (meados do século V a.C.)[44], a vida romana continuou, como nos primeiros tempos, a ser disciplina pelos mores maiorum que lhe imprimiam uma convivência marcada por elevado sentido ético. São os tempos em que se afirmou a figura do paterfamilias que iria pautar, ao longo dos séculos até aos nossos dias, o padrão de homem leal, verdadeiro, autêntico, a que o direito constantemente recorre.

Todavia, sendo o direito um fenómeno cultural, não é estático; evolui, é dinâmico, numa palavra, tem história. Os tempos são diferentes, a realidade

40 Vide FERNANDEZ, o.c. 18, 19 e 33
41 Vide FERNANDEZ, o.c. 51-52.
42 Cf. PLAUTO, Aulularia, 2,190; Trinummus, 2,374.
43 Vide FERNANDEZ, o.c. 19 e 21 e 53.
44 Vide CRUZ, o.c. 182.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0206

familiar e social mudou e o direito acompanhou essa evolução. Era inevitável.

É certo que o matrimónio não deixou de ser uma instituição dominada pela affectio conjugal permanente e, por isso, extingue-se quando esta falta. Todavia, o divórcio foi sendo juridicamente elaborado quando, a partir da Lei das XII tábuas, a iurisprudentia romana sentiu necessidade de o aperfeiçoar e limitar a causas determinadas para defesa dos velhos costumes romanos.

Efectivamente, para travar a corrupção dos costumes que ameaçava debilitar a sociedade romana, sobretudo quando, depois da ocupação de Cartago, a Grécia ofereceu a Roma o exemplo do prazer de um luxo desenfreado[45], a iurisprudentia procurou travar o excessivo número crescente de divórcios, definindo um conjunto de requisitos dos quais o divórcio passou a depender. São:

a) a existência de matrimónio validamente constituído[46];

b) a vontade séria e definitiva. Este requisito afasta a vontade determinada em momento de ira[47], por simulação[48] e por dissídio temporário (iurgium) que não dure muito tempo[49].

O divórcio pode ser declarado através de intermediário (per nuntium) e de actos simbólicos, como retirar as chaves da casa[50] ou quebrar as tábuas nupciais[51]. É também possível dissolver o matrimónio através da conclusão de novas núpcias[52]. Ou seja, o formalismo continuou ausente.

Refira-se, finalmente, que, embora houvesse liberdade plena, os divórcios foram também desencorajados pela acção dos censores que, cuidando dos costumes, puniam a prática abusiva dos divórcios. O próprio Senado não hesitava em expulsar senadores que incorressem nesses abusos[53]. Talvez por isso, as fontes referem poucos divórcios nos primeiros cinco séculos da sociedade romana[54].

45 Cf. PLAUTO, Truculentus, 1,1,45. Vide FERNANDEZ, o.c. 42.
46 Cf. D. 12,4,8.
47 Cf. D. 24,2,3pr.
48 Cf. D. 24,1,64; C. 5,12,30.
49 Cf. D. 24,3,31; -23,2,33; -24,2,7.
50 Cf. CÍCERO, Phil. 2,28,60.
51 Cf. TÁCITO, Ann., 11,30.
52 Cf. CÍCERO, De or. 1,40,183. Vide JUSTO, Direito privado romano – IV (direito da família), cit. 90-91; e Olis ROBLEDA, Cic. De Orat. 1,40,183; 56,283, y el divorcio de Messalina em SDHI XLII (1976) 425-430.
53 Vide FERNANDEZ, o.c. 39.
54 Vide FERNANDEZ, o.c. 39-40, e MEIRA, o.c. 14.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0206

3. ÉPOCA CLÁSSICA

3.1 REPÚBLICA TARDIA

Nos últimos anos da República, que marcam o início da época clássica[55], a iurisprudentia conheceu um progresso acentuado que se traduziu profundamente no aperfeiçoamento das instituições jurídicas.

Todavia, não evitou, no âmbito do divórcio, o significativo aumento da corrupção dos costumes com efeitos nefastos no uso e abuso dos divórcios a que indiscriminadamente recorriam homens e mulheres, sobretudo depois das guerras púnicas. Não é alheia a expansão territorial e a influência da Grécia[56].

Assinala-se, embora sem apoio nas fontes, o divórcio de Spurius Carvilio Ruga que ocorreu no ano 230 a.C., como tendo sido o primeiro. No entanto, importa ter presente que o divórcio sempre existiu em Roma: basta pensar que resulta da quebra da affectio maritalis; e no divórcio de Lúcio Ânio que repudiou a mulher sem respeitar o consílio doméstico e, por isso, foi expulso do Senado, no ano 307 a.C. O divórcio de Spurius Carvilio Ruga terá constituído, sim, um dos casos mais notórios que os censores censuraram e o povo odiou porque Spurius Carvilio Ruga afastou a sua mulher apenas por não lhe dar filhos. Eram ainda tempos marcados pela solidez e austeridade dos costumes romanos[57].

A futilidade dos motivos aumentou, revelando famílias sem consistência e uma sociedade gravemente doente. Sérvio Sulpício Gallo afastou a sua mulher porque a viu de cabeça descoberta na rua. Quinto Antístio repudiou a mulher porque a viu, na estrada, a conversar intimamente com um liberto. Públio Semprónio Sofo afastou a mulher porque soube que tinha ido a um espectáculo sem o seu conhecimento. Contando 63 anos de idade e 30 de matrimónio, com filhos e netos, Cícero divorciou-se de Terência porque, durante a sua ausência, descurou da casa e da filha, quando o verdadeiro motivo foi o de poder casar com a jovem e rica Publícia que, com bom dote, lhe pagou as dívidas, da qual, mais tarde, se divorciou porque não se comoveu bastante com a morte da afilhada Túlia[58]. Paulo Emílio repudiou a sábia e bela Papíria. Júlio César repudiou a sua mulher Pompeia porque, embora acreditasse na sua inocência do adultério em que foi acusada, exclamou que "a mulher de César não pode ser suspeita"[59]. Etc.

Estes divórcios, que mostram também a ausência de escrúpulo das classes altas e dirigentes, foram igualmente praticados pelas mulheres, a ponto de SÉNECA falar de mulheres que contam os anos não pelos nomes dos cônsules,

55 Esta época decorre entre os anos 130 a.C. e 230 e caracteriza-se pela excelência da ciência jurídica que elevou o direito romano ao ponto mais elevado do progresso, fazendo dele um verdadeiro direito modelo. Vide CRUZ, o.c. 46-47; e JUSTO, A evolução do direito romano, cit. 53-61.

56 Vide POYAN, o.c. 447; e FERNANDEZ, o.c. 43

57 Cf. VALÉRIO MÁXIMO, 2,1,4.. Vide BONFANTE, o.c. 252; e MEIRA, o.c. 14.

58 Cf. PLUTARCO, Vida de Cícero, 41; CÍCERO, Ad Att., 12,32.

59 Cf. SUETONIUS, Caesar, 74-75; PLUTARCO, Caes., 10.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0206

mas por maridos, divorciando-se para casar e casando para se divorciar[60]; e do poeta satírico MARCIAL referir que, em trinta dias, Telesilla desposou o décimo marido e, por isso, não se trata de matrimónios, mas de adultérios legais[61].

Estamos perante um quadro de grande decadência da família e da sociedade romana. Há certamente exageros, porque a classe alta não é toda a sociedade e moralistas como SÉNECA e poetas satíricos como MARCIAL não são juízes justos. Espíritos mais equilibrados como PLÍNIO e TÁCITO prestam justiça também à virtude não rara na época. O próprio SÉNECA tinha, na sua família e na sua mulher, os exemplos mais nobres. E a epigrafia numerosa, que nos narra a história dos humildes, apresenta a moral mais sã e uniões duradouras[62].

3.2 PRINCIPADO

Como sabemos, o Principado constituiu um sistema político inaugurado por Octávio, no ano 27 a.C., cuja natureza jurídico-política ainda hoje se discute[63] e na sua origem está fundamentalmente a necessidade de ultrapassar a grave crise que afectava a ordem política, económica e social que se tinha acentuado nos séculos II e I a.C.[64].

Sobretudo preocupante era a necessidade de recuperar os velhos costumes romanos que, como referimos, tinham sido sucessivamente adulterados. Os homens viviam rodeados de um luxo desenfreado, de abusos sexuais e de luxúria. PLÍNIO fala-nos de homens de cara pálida, olhos inchados, obesos, estúpidos e sem memória, que se dedicam a prazeres grosseiros. A família foi feita em pedaços e a prostituição triunfou[65]. As mulheres, que tinham conquistado a sua independência, utilizavam-na para dominar os maridos e apareciam em público pavoneadas com trajes de púrpera, cobertas de jóias e seguidas de numerosa corte de escravos e serventes. Viam-se mulheres adúlteras vivendo de gratificações e pensões dos amantes, muitas vezes com o consentimento dos maridos que recebiam a sua parte. Havia matronas que perderam o pudor, participando em festins e apostando com os homens para ver quem mais bebia. E frequentemente viam-se pais que davam aos filhos uma educação mais nociva do que útil. Não raramente os filhos tomavam parte nas vergonhosas cenas em que os pais surgiam embrutecidos pela bebida. Chegou a afirmar-se que não há segurança nem na esposa nem na amante; e que já não se sabe amar como Penélope nem ser fiel como Evadne[66].

Por isso, não surpreende que se tenha recorrido, como nunca, aos

60 Cf. SÉNECA, De bem., 3,16,2.
61 Cf. MARTIALIS, Ep., 6,7.
62 Vide BONFANTE, o.c. 254.
63 Pode, no entanto, assinalar-se o embrião da futura monarquia. Vide JUSTO, Direito privado romano – I, cit. 68.
64 Vide JUSTO, ibidem 68.
65 Vide FERNANDEZ, o.c. 72.
66 Vide FERNANDEZ, o.c. 73-75.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0206

divórcios, muitas vezes sem a invocação de causa, quando, sem pudor e sem vergonha, não fossem justificados com a má saúde, a loucura, o adultério e a ausência[67].

É claro, havia excepções, os bons exemplos: não faltavam mulheres de bons costumes e homens que amavam sinceramente as suas esposas. SÉNECA morreu abraçado à sua mulher Paulina depois de ter bebido cicuta. E Paulina só não o imitou, porque Nero a impediu[68].

Mas não passavam de excepções, sobretudo na classe alta profundamente mergulhada na podridão. Sabe-se, v.g., que Calígula, depois de ter assistido à boda de Orestila com Paio Pisão, levou a noiva para a sua casa e casou-se com ela para a repudiar dois dias depois e mandá-la para o desterro dois anos mais tarde com o pretexto de que, durante esse tempo, tinha recuperado o matrimónio com o primeiro marido. O mesmo Calígula tomou por amantes as suas duas irmãs e, mais tarde casou-se com uma delas (Drusila), que depois repudiou para se casar com Orestila. E, como passatempo, divertia-se a repudiar mulheres em nome dos seus maridos que se encontravam ausentes[69].

São apontadas como causas a influência de outros povos, facilitada com a extensão territorial e, sobretudo, o abandono da educação familiar que fora, outrora, um dos segredos da afirmação de Roma.

Para combater esta situação de completa degradação das famílias e da sociedade romana, Augusto restaurou a religião, incentivou os cidadãos a contraírem matrimónio e restringiu o divórcio, fixando causas e formalidades. Trata-se da chamada reforma social planificada[70].

Com a promoção do matrimónio, o Imperador procurou fortalecer as famílias e combater o défice demográfico que as guerras civis tinham afectado gravemente. Augusto recordava os tempos passados, as delícias e comodidades da vida familiar e a simplicidade com que anteriormente se vivia. Os seus discursos eram verdadeiras lições de moralidade[71].

A restrição do divórcio insere-se também nesta linha de fortalecimento da família e do aumento da população. Exige-se que a vontade seja séria, como observamos num fragmento de PAULUS:

"Não é divórcio senão o verdadeiro que se faz com ânimo de constituir perpétua separação. E, assim, o que se faz ou diz no calor da ira não é válido antes que, por sua perseverância, tenha aparecido como resolução do ânimo; e, por isso, tendo-se mandado por acaloramento o repúdio, se daí a pouco regressou a mulher,

67 Vide FERNANDEZ, o.c. 75.
68 Vide FERNANDEZ, o.c. 80.
69 Vide FERNANDEZ, o.c. 77.
70 Vide FERNANDEZ, o.c. 57.
71 Vide FERNANDEZ, o.c. 57-58.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0206

não se considera que se divorciou"[72].

Ao mesmo tempo, fixaram-se diversas causas que permitiam aferir da licitude do divórcio, estabeleceram-se sanções e determinou-se que o divórcio devia ser comunicado oralmente ou por escrito, pelo menos, através de um liberto ou escravo que devia entregar um libelo ao cônjuge repudiado. Entretanto, o velho consilium domesticum foi substituído pelo iudicium de moribus que representa a primeira participação do Estado e do ius civile nesta matéria. Eis o conteúdo das leges Iuliae de adulteriis e de maritandis ordinibus cujas rationes eram favorecer o matrimónio e a sua estabilidade.

Quanto às causas que passaram a justificar o divórcio são indeterminadas e numerosas, remetendo-se a sua apreciação ao juiz[73]. Especial referência merece o adultério, observando-se que constitui uma das graves contradições das leges de Augusto[74]. Por um lado, sendo causa do divórcio, não impedia o cônjuge adúltero de voltar a casar, afirmando-se que Augusto legalizou o adultério para obrigar ao matrimónio; e se o marido renunciasse a divorciar-se, corria o risco de ser punido[75]. Por outro lado, o adultério foi punido pela lex Iulia de adulteriis[76].

Em relação ao formalismo, impõe-se ouvir PAULUS:

"Nenhum divórcio é válido se não for testemunhado por sete cidadãos romanos púberes, além do liberto de quem o fizer…"[77].

Em consequência da invalidade do divórcio, os cônjuges mantinham-se marido e mulher[78], embora, se um morresse, ao outro fosse excluído o direito de lhe suceder[79]. Esta invalidade, reafirmada noutros textos[80] manifesta inequivocamente a preocupação de o Imperador acabar com eventuais incertezas que a ausência de formalismo podia comportar. E mostra, também, a necessidade de, no divórcio unilateral, o cônjuge dever ponderar a sua decisão. De resto, a vontade de dissolver o matrimónio podia expressar-se de qualquer forma, quer oralmente, quer por escrito. Como referimos, era frequente redigir um libellus, composto por folhas de pergaminho ou papiro, que um liberto ou escravo, que funcionava como espécie de nuntius, entregava ao outro cônjuge, ao seu paterfamilias ou a quem se encontrasse sob o seu poder, evitando-se, assim, acesas discussões entre maridos e mulheres. A participação das testemunhas

72 D. 24,2,3: "Divortium non est, nisi verum, quod animo perpetuam constituendi dissensionem fit. Itaque quidquid in calore iracundiae vel fit, vel dicitur, non prius ratum est, quam si perseverantia apparuit, iudicium animi fuisse; ideoque per calorem misso repudio, si brevi reversa uxor est, nec divertisse videtur".
73 Vide BONFANTE, o.c. 256.
74 Vide FERNANDEZ, o.c. 71.
75 Vide FERNANDEZ, o.c. 71.
76 Vide VOLTERRA, o.c. 63.
77 D. 24,2,9: "Nullum divortium ratum est, nisi septem civibus Romanis puberibus adhibitis praeter libertum eius, qui divortium faciet…".
78 Cf. D. 24,1,35.
79 Cf. D. 38,11,1,1.
80 Cf. D. 24,1,35; -38,11,1,1.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0206

servia de prova da notificação do divórcio que, por sua vez, constituía o início do cômputo dos prazos para a acusação de adultério e de eventual novo matrimónio; e, simultaneamente, servia de freio ao divórcio[81].

Relativamente aos efeitos produzidos, o divórcio extinguia o matrimónio e a afinidade[82]. Portanto, cessava o dever de fidelidade, embora a mulher continuasse a ter os títulos do ex-marido enquanto não voltasse a casar. Tratando-se de adultério, a acusação devia ser apresentada no prazo de seis meses. Todavia, nos primeiros sessenta dias só o ex-marido ou o paterfamilias da mulher podia acusá-la, faculdade que se estendia a qualquer pessoa, decorrido este prazo. Decorrido o divórcio, os ex-cônjuges deviam contrair novo matrimónio sob pena de serem punidos. A mulher dispunha de seis meses, pouco depois ampliados para dezoito meses[83], enquanto o ex-marido não dispunha de nenhum prazo. Por isso, era frequente ver casos em que o marido não se divorciava enquanto não tivesse assegurado novo matrimónio[84].

Quanto aos filhos, continuavam a receber alimentos dos seus patres que não perdiam a patria potestas, salvo se tivessem má conduta, circunstância que os colocava sob a custódia das matres[85]. Mais tarde, Diocleciano e Maximiano determinaram que, não havendo acordo entre os progenitores, cabia ao magistrado decidir a quem pertencia a custódia[86].

Em relação aos bens, se o marido fosse o culpado do divórcio e em causa estivessem os mores maiores, devia restituir imediatamente o dote; tratando-se de mores minores, a restituição devia ocorrer dentro de seis meses ou com juros se o dote devesse ser restituído imediatamente e não fosse[87].

Num ligeiro comentário sobre a legislação de Augusto, tem-se observado que falhou os seus objectivos, porque não afastou a prática dos divórcios abusivos [88]. Em vez de ter elevado a dignidade do matrimónio, a sua prática decresceu e os divórcios arbitrários aumentaram. Tem-se dito que Augusto se enganou, pensando que só com leis mudaria os costumes romanos. Costumes cuja decadência não foi evitada, quiçá porque os maus exemplos continuaram a vir das classes altas. Haja em vista, v.g., que o próprio Augusto se divorciou de Cláudia para se casar com Escribónia, viúva de dois cônsules; e, logo cansado dos seus maus costumes, de novo se divorciou para contrair matrimónio com Lívia Drusila, casada com Tibério Nero e grávida de seis meses. Mais: Augusto casou a sua filha Júlia com todos os candidatos ao poder imperial; passava de um a outro sem ser consultada e com tanta rapidez que os seus maridos não se podiam distinguir dos amantes[89].

81 Vide FERNANDEZ, o.c. 93-99; e VOLTERRA, o.c. 63.
82 Cf. FV. 303.
83 Cf. ULPIANUS, 14.
84 Cf. JUVENAL, Sat., 6,141 ss.
85 Cf. D. 43,30,1,3; -43,30,3,5.
86 Cf. C. 5,24,1.
87 Cf. ULPIANUS, VI,10; -XII,13.
88 Vide FERNANDEZ, o.c. 20.
89 Cf. SUETONIUS, Augusto, 63.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0206

Numa palavra, nesta época os maridos continuaram a repudiar as mulheres ora porque tinham envelhecido ora porque adoeceram, sendo profundamente pertinente a observação de Sílvio MEIRA que se transcreve: *"Infeliz esposa cuja beleza começasse a fenecer"*[90]. Junta-se a impossível subsistência das incapacidades sucessórias, quando, mais tarde, o Cristianismo considerou uma sublimação a criação de seres humanos e, em consequência, rejeitou a atribuição de prémios e castigos com esta finalidade[91].

Restam, no entanto, alguns factos positivos. Destacamos a faculdade que a filha e o filho tinham de recorrer ao magistrado para obrigar o seu pater negligente a autorizar o matrimónio[92]; e, especificamente em relação ao divórcio, a proibição de o paterfamilias dissolver o matrimónio dos seus filhos[93]. Todavia, parece óbvio que, na ratio desta proibição, estava mais a necessidade de fomentar os novos matrimónios do que reconhecer a dignidade das mulheres dependentes da patria potestas dos seus patresfamilias.

Em conclusão, a época áurea da iurisprudentia e do direito romano não acabou com os abusos cometidos nos divórcios, tal como, em geral, a famosa legislação de Augusto não teve o êxito esperado. A moralização não se faz por lei nem pelos maus exemplos dos dirigentes. Manteve-se o velho critério da ampla liberdade individual, a ponto de serem consideradas nulas as convenções que a restringissem[94].

90 Vide MEIRA, o.c. 25.
91 Vide Carmen Ortín GARCÍA, Edad, matrimónio y lex Iulia et Papia Poppaea em El derecho de família. De Roma al derecho actual, cit. 517.
92 Vide FERNANDEZ, o.c. 89
93 Vide FERNANDEZ, o.c. 89 e 91; e Lucien CAES, A propósito del Frammento Vaticano 116 em SDHI V (1939) 123-132.
94 Cf. D. 45,1,19; C.5,4,14; - 6,46,2; -8,38(39),2.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0206

4. ÉPOCA PÓS-CLÁSSICA

A moralização dos divórcios e, em consequência a defesa dos matrimónios, foi obra do Cristianismo que começou a produzir os seus efeitos na legislação romana a partir do século III[95], afirmando progressivamente os seus princípios ao longo da época pós-clássica[96], apesar da enorme resistência das velhas concepções romanas do matrimónio e do divórcio, caracterizados, respectivamente, pela affectio permanente do matrimónio e pela liberdade completa de os cônjuges se divorciarem, resistência que explica os avanços e recuos das ideias cristãs[97].

Nos primeiros tempos, a Igreja aceitou as legislações judia e romana sobre o matrimónio enquanto não contrariassem os princípios cristãos. Por isso, se tivermos em vista que, no direito hebreu, o matrimónio podia dissolver-se por causas relativamente graves[98], não surpreende que, nos primeiros tempos, os Padres da Igreja aceitassem o divórcio causado por adultério da mulher, questionado na passagem de São Mateus[99]. Terá sido Santo Agostinho quem, pela primeira vez, declarou que só o adultério tornava possível o divórcio[100].

Todavia, a ideia de sacralização do vínculo matrimonial progrediu, impondo-se o princípio religioso Deus coniuxit homo separet com prejuízo do velho princípio jurídico omne quod ligatur solubile est. Ou seja, o conceito romano do matrimónio, que admitia o divórcio como acto natural e necessário, foi substituído pelo matrimónio indissolúvel e, portanto, pela recusa do divórcio[101]. O consentimento, que no direito romano devia estar sempre presente, é agora exigido no início e, uma vez dado, é válido para sempre[102].

Ao mesmo tempo, vai-se afirmando o direito canónico, fruto de elaboração doutrinal que tem na sua base os princípios do Génesis[103], a doutrina dos Santos Evangelhos[104] e, sobretudo, as epístolas de São Paulo[105]. Unida, a

95 Vide VISKY, o.c. 245; e Antunes VARELA, Direito da família (Livraria Petrony / Lisboa, 1987) 454.
96 Esta época começa no ano 230 (início da decadência da iurisprudentia clássica) e termina no ano 530 (quando o Imperador Justiniano encarregou Triboniano de elaborar o Digesto). Caracteriza-se pela decadência do direito romano, sobretudo a partir do ano 395, com a separação do Império Romano em dois Impérios: o do Ocidente e o do Oriente. São os tempos da vulgarização do direito romano. Vide CRUZ, o.c. 48-51; e JUSTO, A evolução do direito romano, cit. 61-67.
97 Vide Edoardo VOLTERRA, Ancora sulla legislazione imperiale in tema di divoprzio em Studi in onore di Arnaldo Biscardi V (Istituto Editoriale Cisalpino – La Goliardica / Milão, 1984) 200; e POYAN, o.c. 1684.
98 Vide FERNANDEZ, o.c. 111.
99 Cf. Evangelho de São Mateus, 19,3-9.
100 Cf. Comment. Ad Matthiam, 5,22.
101 Vide VAZQUEZ, o.c. 1684-1685.
102 Vide FERNANDEZ, o.c. 113.
103 Génesis 2,24: "quamobrem relinquet homo patrem suum, et matrem, at adhaerebit uxori suam et erunt duo in carne una" (por isso, deixará o homem o seu pai e a sua mãe e unir-se-á à sua mulher e virão a ser a mesma carne).
104 Cf. Evangelho de São Mateus, 19,3-9; Evangelho de São Marcos, 10,2,12; e Evangelho de São Lucas, 16,18.
105 Cf. Rom., 7,2.3; Cor. 7,10-11; e Eph., 5-31-32. Vide Jean GAUDEMT, Línterprétation du principe d'indissolubilitè du mariage chrétien au cours du premier millénaire no BIDR LXXX (1977) 11.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0206

Igreja ganha cada vez mais força e a sua ideia de matrimónio dominado pelo amor conjugal, do qual nasce um direito sagrado e eterno que põe o matrimónio acima dos caprichos humanos, contribui decisivamente para o enorme progresso na condição moral da mulher[106].

Elevado o Cristianismo a religião oficial do Império Romano[107], dir-se-ia que iria ganhar a já longa batalha que travara contra as concepções romanas do matrimónio e do divórcio. E a legislação sucessiva dos Imperadores cristãos constituiu o instrumento poderoso de afirmação das suas ideias e princípios. Merecem destaque a igualdade substancial dos cônjuges no matrimónio, embora a mulher continuasse sujeita ao marido, sujeição justificada pela necessidade de protecção da mulher e pela exigência da unidade familiar personificada no marido. Há, aqui, um conteúdo moral.

Todavia, a luta foi longa e nem sempre com vencedor claro. Fala-se duma legislação romano-cristã oscilante, com alternativas marcadas por avanços e retrocessos, situação que se compreende: haja em vista que não é fácil derrubar princípios seguidos durante muitos séculos; e que a própria Igreja queria evitar uma colisão com as regras civis, segundo as quais o matrimónio e o divórcio eram livres[108].

Constantino foi o primeiro Imperador cristão que legislou abertamente contra o divórcio, mas a valoração da affectio era tão forte, que não o podia abolir. Por isso, actuou indirectamente, fixando causas e sanções[109]. Em relação ao divórcio unilateral, proibiu, no ano 331, as causas fúteis ou caprichosas dos tempos anteriores[110] e foram fixadas três causas (iustae causae repudii): a mulher podia pedir o divórcio se o marido tivesse cometido homicídio, praticasse o envenenamento ou tivesse violado um sepulcro; e o marido podia repudiar a mulher se praticasse adultério, cometesse o crime de envenenamento ou fosse alcoviteira[111].

Provadas estas causas, o ex-marido culpado era obrigado a restituir o dote e a não contrair novas núpcias sendo a mulher ainda autorizada a ocupar a casa e a apoderar-se do dote da segunda esposa[112]; tratando-se da ex-mulher culpada, esta era obrigada a deixar o dote ao ex-marido, não podia exigir-lhe a doação nupcial e, ademais, incorria na pena de deportação[113]. Em qualquer dos

106 Vide FERNANDEZ, o.c. 114 e 119.
107 Cf. C. Theod. 16,1,2.
108 Vide VISKY, o.c. 246.
109 Vide MARONGIU, o.c.
110 V.g., a mulher não podia pedir o divórcio invocando que o marido era bêbado ou jogador.
111 Cf. C. 3,16.
112 Vide VOLTERRA, Ancora sulla legislazione, cit. 20-202. O Autor considera que esta constitutio não foi escrita na chancelaria constantiniana, mas por alguém que viveu no ambiente eclesiástico. Contra, vide Olga Vannucchi FORZIERI, La legislazione del IV-V secolo in tema de divorzio em SDHI XLVIII (1982) 292.
113 Cf. C. Theod. 3,16,1. Vide VOLTERRA, Divorzio, cit. 62; FERNANDEZ, o.c. 128; e JUSTO, ibidem 95.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0206

casos, o homem podia imediatamente contrair novo matrimónio, enquanto a mulher divorciados devia esperar cinco anos[114].

Situação particular é a ausência do marido no caso de guerra. Constantino dispôs que, decorridos quatro anos da sua partida, a mulher podia contrair novas núpcias, contanto que enviasse previamente o libellus repudii ao general comandante do exército onde o marido estava incorporado[115].

Quanto aos filhos, manteve-se em vigor a constitutio dos Imperadores Diocleciano e Maximiano, do ano 294, segundo a qual o juiz devia atribuir a sua custódia ao pai ou à mãe[116].

Relativamente ao divórcio por mútuo consentimento (mutuo consensu), Constantino não afastou a sua possibilidade[117].

E, quanto ao formalismo, à medida que o documento escrito se foi impondo[118], a oralidade deu lugar à escrita, evolução que se acelerou a partir de Constantino[119]. Todavia, constituindo as tria causae repudii outros tantos crimes, o repúdio insere-se na cognitio extra ordinem da repressão penal[120].

Simplesmente, a ideia de liberdade do repúdio não tinha desaparecido. Regressou, pouco tempo depois, com o sucessor de Constantino, Juliano, conhecido como o Apóstata, que pretendeu também restabelecer os cultos pagãos.

Mas o movimento que sacralizou o matrimónio e tendia a proibir o divórcio já era muito forte e os Imperadores seguintes deram-lhe voz, através de sucessivas constitutiones imperiais.

Assim, no ano 421, Honório e Constâncio II consideram iustae causae do repúdio, mas não as individualizam; por isso, pensa-se que teriam sido as mesmas consagradas anteriormente por Constantino. Não ocorrendo essas causas, o repúdio era punido: a mulher perdia o dote e a doação nupcial, não podia contrair novas núpcias e incorria na condenação a deportação perpétua; e o homem perdia o dote e a doação nupcial e não podia voltar a casar. Observa-se que as mulheres eram tratadas com significativa desigualdade[121].

Seguidamente, no ano 449, os Imperadores Teodósio I e Valentiniano II proibiram o divórcio, excepto em determinadas causas comuns ao marido e

114 Cf. C. Theod. 3,16,2.
115 Cf. C. 5,17,8pr.
116 Cf. C. 5,24,1.
117 Vide FERNANDEZ, o.c. 129; FORZIERI, ibidem 294; e MEIRA, o.c. 27.
118 Vide JUSTO, A segurança jurídica do comércio e a função do notariado (direito romano) no BFDUC LXXXIV (Coimbra, 2008) 45-51.
119 Vide FERNANDEZ, o.c. 143.
120 Vide FORZIERI, o.c. 299.
121 Vide JUSTO, ibidem 95-96.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0206

à mulher[122]. São referidas: o adultério, homicídio, envenenamento, conspiração contra o Império, condenação por crime de falsidade, violação de sepulcros, subtracção de alguma coisa em edifício sagrado, roubo ou encobrimento de ladrões, desvio de gado e plágio. Especialmente, a mulher pode repudiar o marido se viver em sua casa com mulheres impudicas, açoitou-a, sendo ingénua ou atentou contra a sua própria vida[123]. E o marido pode repudiar ainda a mulher se assistiu a festas na companhia de outros homens ignorando ou não consentindo o marido; se a mulher pernoitou fora de casa sem justa causa e sem vontade do marido; se, contra a proibição deste, a mulher frequentou jogos de circo, teatro ou espectáculos de arena; ou se levantou a mão contra o marido[124]. Fora destas causas, a mulher perdia o dote e a doação nupcial e só podia voltar a casar decorridos cinco anos; se o autor do repúdio fosse o ex-marido, a mulher recuperava o dote, podia exigir-lhe a doação nupcial e contrair novas núpcias depois de um ano para afastar a *turbatio sanguinis*[125]. Quanto ao formalismo, bastava um simples libellus, não havendo referência a testemunhas[126]. E em relação ao divórcio por mútuo consentimento, não era proibido, por não haver culpa[127].

Anos depois, em 497, Anastásio determinou que, no divórcio por mútuo consentimento, o repúdio devia ser enviado pelo marido à mulher e vice-versa e a mulher podia contrair segundas núpcias decorrido um ano[128].

122 Cf. C. 5,17,8,2-3.
123 Cf. C. 5,17,8,2.
124 Vide FERNANDEZ, o.c. 132-133.
125 Cf. C. 5,17,8-4.
126 Cf. C. 5,17,8pr.
127 Cf. C. 5,17,9.
128 Cf. C. 5,17,9.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0206

5. ÉPOCA JUSTINIANEIA

Durante esta época[129], a influência cristã intensificou-se de tal maneira, que Justiniano foi considerado o maior Imperador cristão. Esta influência manifesta-se na limitação crescente à possibilidade do divórcio, embora não fosse proibido. Como sublinhava na N. 22, do ano 536, *"de todas as coisas que os homens façam, é dissolúvel qualquer que se liga"*[130].

Haja em vista também que Justiniano era um classicista e, por isso, não surpreende que continue a ver na affectio maritalis o elemento fundamental do matrimónio[131], cuja cessação implicava a dissolução do vínculo matrimonial, ou seja, o divórcio.

Entretanto, os divórcios e repúdios foram classificados em quatro categorias: o divórcio por mútuo consentimento; o divórcio bona gratia ou cuja causa não fosse voluntária (v.g., por impotência do marido ou esterilidade da mulher, situações em que a culpa está ausente)[132]; o repúdio ex iusta causa; e o repúdio sine causa.

Como referimos, as causas do repúdio foram aumentadas e, no ano 536, foram criadas novas causas: o desejo de viver em castidade[133]; a impotência[134]; e a tentativa de aborto[135].

Mais tarde, no ano 542, o Imperador promulgou uma constitutio, na qual foram mantidas as seguintes causas: o marido podia repudiar a mulher se conspirasse contra o Imperador ou ocultasse a conspiração; se praticasse adultério; se atentasse contra a vida do marido ou ocultasse esta acção de terceiros; se tomasse banho ou participasse em banquetes com homens desconhecidos contra a vontade do marido; se se ausentasse da casa conjugal contra a vontade do marido, excepto se fosse a casa dos seus pais; se assistisse a jogos de circo ou fosse assistir a um espectáculo de teatro contra a proibição ou na ignorância do marido[136].

Por sua vez, a mulher podia repudiar o seu marido, se este conspirasse contra o Imperador ou não denunciasse uma conspiração; se o marido atentasse contra a sua vida ou, sabendo, não denunciasse quem se propunha praticar esta acção nem tentasse defender a mulher; se o marido procurasse entregar a mulher

129 Assinala-se o seu início no ano 530 (ano em que Justiniano encarregou Triboniano de elaborar o Digesto) e o seu fim no ano 565 (ano da morte deste Imperador). Caracteriza-se pela helenização (influência da filosofia grega), pelo classicismo (tentativa de imitar o direito romano clássico) e pela actualização e compilação do direito romano. Vide CRUZ, o.c. 51; e JUSTO, A evolução do direito romano, cit. 67-68.
130 N. 22,3: "… quae in hominibus subsequuntur, quidquid ligatur solubile est".
131 Cf. N. 22,3.
132 Cf. N. 22,4. Vide MEIRA, o.c. 29.
133 Cf. N. 22,5.
134 Cf. N. 22,6
135 Cf. N. 22,16.
136 Cf. N. 117,8,1-6.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0206

a outros para a prática de adultério; se a denunciasse de adultério e não provasse; se o marido levasse para casa outra mulher ou vivesse noutra casa com ela[137].

Verificadas estas causas, o cônjuge culpado era penalizado: se fosse o marido, perdia o dote, devia devolver as doações recebidas por causa do matrimónio e era entregue ao bispo da cidade para ser enclausurada num convento[138]; se fosse a mulher, não podia exigir a doação nupcial e não podia contrair novas núpcias. Se esta não fosse culpada, podia voltar a casar decorrido um ano.

Fora dessas causas, as penas impostas ao divórcio unilateral eram gravíssimas. A mulher perdia o dote e a doação nupcial e era internada para sempre num convento. E perdia também outros bens: 2/3 a favor dos filhos e 1/3 para o convento; na falta de filhos, 2/3 para o convento e 1/3 para os ascendentes titulares da patria potestas sobre a mulher, que não consentiram no divórcio; na sua falta, o convento recebia tudo. Quanto ao homem, perdia o dote, devia dar à mulher a doação nupcial e, ainda, bens equivalentes a 1/3 desta doação. Não havendo dote nem doação nupcial, devia dar à mulher ¼ dos seus bens. Ao mesmo tempo, os magistrados negligentes na aplicação destas penas incorriam em gravíssimas sanções[139]. No entanto, permitia-se ao marido que recuperasse a mulher adúltera, depois de passar dois anos no convento[140]. Anos depois, no ano 542, Justiniano afastou a disparidade de tratamento e estendeu, aos maridos que se divorciam fora dos casos legalmente admitidos, as penas estabelecidas contra as mulheres[141].

Ainda quanto aos filhos, foi fixado o princípio de que não devem sofrer prejuízo com a dissolução do matrimónio dos pais e, em consequência, foram contemplados os seguintes factos: 1) se o divórcio se devesse a culpa do pai, os filhos eram confiados à mãe, ocorrendo a cargo do pai os gastos de alimentação; 2) se fosse atribuído a culpa da mãe, a custódia dos filhos e a obrigação de os alimentar pertencia ao pai. Todavia, se este não tivesse património e aquela dispusesse de meios de fortuna, os filhos ser-lhe-iam confiados, assim como o dever de os alimentar[142]. Tratando-se de divórcio consensual, recorria-se ao juiz que decidia no caso de não haver acordo dos pais[143].

Finalmente, no ano 556, Justiniano proibiu o divórcio consensual, determinando que os delitos deviam ser mutuamente perdoados. Tão-só foi permitido por voto de castidade ou por impotência do marido[144].

137 Cf. N. 117,9,1-5.
138 Cf. N. 117,13.
139 Cf. N. 117,13.
140 Cf. N. 134,10.
141 Cf. N. 127,4.
142 Cf. N. 117,7.
143 Cf. C. 5,24,1.
144 Cf. N. 134,11.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0206

Foi um passo muito arriscado, porque esta proibição ofendia as convicções e a prática secular da sociedade romana que consideravam o divórcio um facto privado e livre[145]. Por isso, não surpreende que, poucos anos volvidos, o seu sucessor, Justino II tenha restabelecido o divórcio por mútuo consentimento e as penas cominadas pelo seu tio contra os infractores, porque, refere o Imperador, "se o mútuo afecto consolida as núpcias, com razão as dissolve pelo consentimento uma vontade contrária"[146].

145 Vide MORANGIU, o.c. 488.
146 N. 140,1 "Si enim alterutrm adfectus nuptias solidat, merito contraria voluntas istas cum consensu dissolvit…"

https://doi.org/10.55104/FRDC_0206

6. CONCLUSÃO

Feita esta peregrinação pelas diversas épocas da história do direito romano, podemos assinalar alguns aspectos. Desde os primeiros tempos, impôs-se o princípio "libera debent esse matrimonia" e, em consequência, o divórcio foi igualmente um acto livre: bastava a cessação, em qualquer momento, da affectio primeiro do marido, depois, da mulher. Volvidos vários séculos, impôs-se paulatinamente o princípio de que o matrimónio é também um sacramento e, portanto, indissolúvel. Perante a dissolução dos velhos costumes, que levaram à prática frequente dos divórcios pelos motivos mais fúteis, atentando gravemente contra a família e a sociedade, os Imperadores, sobretudo cristãos, reagiram indirectamente: sem o proibirem, foram fixando causas de divórcio unilateral e sanções graves para os culpados. O próprio divórcio por mútuo consentimento foi limitado e chegou mesmo a ser proibido, embora pouco depois a sua possibilidade fosse restabelecida.

Durante largo tempo, Roma foi confrontada com duas ideias diferentes de matrimónio e de divórcio. A influência cristã foi-se impondo, mas nunca foi capaz de proibir os divórcios. A famosa compilação de Justiniano, considerado o grande legislador cristão[147], ainda estava muito longe de aceitar a tese da Igreja "quod Deus coniunxit homo non separet". Haja em vista que parte considerável dos indivíduos do Império não era cristã; e que, entre os cristãos, devia haver muitos para quem a indissolubilidade do matrimónio era inaceitável e insuportável. Por outras palavras, a concepção romana fundada na liberdade do casamento e a ideia de os cidadãos se poderem libertar das misérias provenientes de casamentos mal sucedidos eram ainda muito vivas[148].

Por isso, o diálogo entre os velhos e os novos princípios iria continuar muito tempo mais, até aos nossos dias. Assim se compreendem as palavras de BONFANTE de que com Justiniano *"o direito romano chegou mais ao seu termo histórico do que ao seu desenvolvimento final, pois (no divórcio) a crise continua e as oscilações de Constantino a Justiniano são marcadas por acções e recções que espelham um equilírio instável e de fermentação"*[149].

II - DIREITO MEDIEVAL

Com a queda do Império Romano do Ocidente no ano 476, a autoridade política sucumbiu, abrindo-se à Igreja a possibilidade de impor as suas ideias sem os obstáculos da velha civilização romana clássica.

À sombra da afirmação da Igreja, o direito canónico progrediu, ganhou espaço próprio e rapidamente procurou impor-se em sociedades barbarizadas, disciplinas por direitos rudimentares carecidos de ciência jurídica.

147 Vide MORANGIU, o.c. 486.
148 Vide MEIRA, o.c. 34.
149 Vide BONFANTE, o.c. 267.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0206

É certo que os Evangelhos nada dizem sobre a natureza do vínculo matrimonial. E, quanto ao divórcio, Jesus Cristo não o negou de modo absoluto, embora o tivesse restringido ao caso extremo de fornificação. Este princípio serviu de base às decisões dos primeiros Papas que concediam o divórcio em casos graves sem, todavia, deixarem de aconselhar os ex-cônjuges a não voltarem a casar[150].

Com o tempo, a divindade do vínculo foi-se consolidando e, com ela, a ideia de que *"o que Deus uniu o homem não pode separar"*[151]. Ou seja, acabou por se impor a ideia da indissolubilidade do matrimónio e, consequentemente, a recusa do divórcio. Se houvesse razões que tornassem impossível a vida em comum, dever-se-ia recorrer a uma nova instituição: a separação de mesa e de habitação[152].

O direito canónico consagrou a doutrina da indissolubilidade do matrimónio e, portanto, a recusa do divórcio. E o princípio consensus facit nuptias é agora interpretado no sentido de um consentimento inicial e não permanente, como no direito romano[153]. A Igreja afirmava que o divórcio era uma porta aberta para a dissolução dos costumes e sempre propícia a ser flanqueada pela natureza caída do homem. Em causa estava a coesão familiar, base indispensável da coesão social[154]. Nesta linha, Santo Ambrósio defendia que, se um dos cônjuges for pagão, não se deve repudiá-lo, mas convertê-lo[155]. Entretanto, a temática do matrimónio e do divórcio passava para a órbita dos tribunais eclesiásticos[156] e o primeiro efeito da substituição do direito civil (ou romano) pelo direito canónico é a supressão do divórcio.

No entanto, a progressão das ideias cristãs não se fez sem oscilações, como oscilantes eram os complexos normativos tardo-romanos, persistindo a dúvida sobre a possibilidade de o divórcio se dissolver. O Edictum Theodorici repete as disposições de Constantino, admitindo o divórcio apenas no caso de crimes praticados por qualquer dos cônjuges[157]. A lex Wisigothorum admite o divórcio consensual[158], mas logo Chindasvindo impõe o princípio da indissolubilidade. No domínio franco, onde Carlos Magno deu corpo e alma a uma respublica christiana, a hierarquia eclesiástica hesita em romper com os usos e sentimentos da população[159]. No ano 744, o capitular de Soissons dispõe que nenhuma mulher pode, enquanto o marido viver, passar a novas núpcias; e nenhum homem, cuja mulher ainda seja viva, pode desposar outro, salvo *causa fornicationis*[160].

150 Cf. Evangelho S. Mareus, 5,22; -19,9. Vide BONFANTE, o.c. 268.
151 Vide VAZQUEZ, o.c. 1684.
152 Vide VAZQUEZ, o.c.1685.
153 Vide BONFANTE, o.c. 268.
154 Vide POYAN, o.c. 456.
155 Vide POYAN, o.c. 449.
156 Vide GAUDEMET, o.c. 69.
157 Cf. art. 54 do Edictum Theodorici. Vide MARONGIU, o.c. 488.
158 Cf. título 21 da Lex Wisigtorum.
159 Vide MARONGIU, o.c. 489.
160 Cf. cap. 9. Vide MARONGIU, o.c. 489.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0206

Os concílios, que se tornam menos brandos e tolerantes desde o século VIII, tendem a impedir as segundas núpcias de quem ainda tem o ex-cônjuge vivo. Todavia, ao mesmo tempo, os maus exemplos vêm das classes mais elevadas. O príncipe Grimoaldo divorciou-se da sua mulher, invocando o direito hebraico (more hebraico). No entanto, a Igreja opôs-se ao divórcio de Lotário II que, por amor a Valrada, deixou a mulher Teutberga. Entretanto, os novos Imperadores e reis afirmavam-se fiéis e, ratione peccati, o Papa passou a exercer uma função suprema na direcção da vida colectiva, cabendo-lhe, entre as primeiras responsabilidades, a defesa da Igreja, empenhada em moralizar a vida pública e transferir a sua doutrina para o plano da realidade[161].

No século IX, o arcebispo de Reims limita a indissolubilidade ao casamento consumado e, embora o Decretum de Graciano consagre algumas causas de ruptura do vínculo matrimonial, a tendência é para as limitar. O adultério continuava a suscitar profundas reservas. Constituindo, no velho direito romano, uma dos crimes da mulher e simultaneamente causa do seu repúdio, a doutrina cristã vacilou durante muito tempo, oscilando entre a afirmação da igualdade dos cônjuges e a patrimonialização da mulher[162]. Santo Agostinho e São Jerónimo sustentavam que o adultério podia dar lugar à separação de facto, nunca à dissolução do matrimónio[163].

Na Península Ibérica, a mulher goza de um estatuto de inferioridade, como se observa no Foro de Ubeda, no Livro dos Foros de Castela, no Fuero Real, nas Siete Partidas e na Lei de Toro. Trata-se, afinal, de um reflexo da herança romana que sobreviveu quase até aos nossos dias[164].

III - IDADE MODERNA

Com a Renascença e o regresso à cultura da antiga Grécia que colocou o homem no centro do mundo e afirmou a sua dimensão racionalista, a Igreja começou a sofrer a oposição do laicismo nascente.

Recuperou-se a ideia romana do matrimónio como vínculo que só dura enquanto persistir a affectio entre os cônjuges e questionou-se a doutrina cristã. Puseram-se em causa a ideia do matrimónio sacramento e a recusa do divórcio.

Com o cisma luterano, o direito canónico perdeu a sua hegemonia, substituindo-se a supremacia do Papa pela do Príncipe. LUTERO ataca e nega a sacramentalidade do matrimónio proclamada pela Igreja Católica e considera que serve um fim natural; por isso, cessada a possibilidade de o conseguir, o vínculo

161 Vide MARONGIU, o.c. 490-491.

162 Vide Ramón Herrera BRAVO, El elemento romano en la configuración jurídica del "adultério" en el derecho histórico español em El derecho de familia. De Roma al derecho actual, cit. 311.

163 Vide POYAN, o.c. 449.

164 Vide BRAVO, ibidem 317-322.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0206

deve cessar[165]. O trânsito para a laicização está facilitado, opondo-se à ideia do matrimónio sacramento a do matrimónio contrato. Entretanto, o Concílio de Trento reafirma a sacramentalidade do matrimónio e a sua indissolubilidade, mesmo por adultério. Neste caso, quer o marido quer a mulher do cônjuge adúltero não pode voltar a casar, sob pena de cometer adultério[166]. A reacção da Contra Reforma foi forte, mas as dúvidas e contestações não se afastaram.

Preparado à distância pela Renascença, o Século das Luzes acentuou a ruptura com a doutrina da Igreja. Consolidou-se a supremacia do poder civil e o matrimónio secularizou-se.

IV - IDADE CONTEMPORÂNEA

Volvidos poucos anos da sua Revolução, a França proclama o matrimónio como mero contrato civil e, em consequência, introduziu o divórcio. O pai da Enciclopédia, DIDEROT, afirma que a pretensão de impor a perpetuidade do matrimónio é um absurdo: *"c'est la tyrannie del'homme qui a converti en proprieté la possession de la femme"*[167]. E, em consequência da constituição de 1791, a Assembleia francesa votou, em 20 de Setembro de 1792, duas leis sobre o estado civil dos cidadãos e sobre o divórcio. O matrimónio foi considerado um contrato civil e, portanto, susceptível de ser dissolvido. E o divórcio foi admitido em vários casos: por mútuo consenso ou por declaração de incompatibilidade de humores e de caracteres de um dos cônjuges para com o outro; e a pedido de um, na eventualidade de: a) demência do outro; b) condenação em pena infamante; c) delito ou injúria grave de um cônjuge com dano do outro; g) grave e notório desregramento; h) ausência superior a cinco anos sem notícias de um dos cônjuges; i) emigração política. Declarado o divórcio, o ex-marido podia contrair imediatamente segundas núpcias, enquanto a ex-mulher devia esperar dez meses, excepto se fosse notório o afastamento do ex-marido durante maior tempo[168].

No entanto, o fervor revolucionário atenuou-se e, decorridos alguns anos, o Código Civil francês (de 1804) consagrou o divórcio em termos bastante mais moderados, afastando-se da doutrina contratualista: separou o matrimónio dos outros contratos por reconhecer entre eles uma diferença fundamental[169].

O próprio Napoleão era favorável ao divórcio, quiçá mais por considerações pessoais (temia que Josefina o deixasse sem herdeiros) do que por sincera convicção. Todavia, apesar de não deixar de prestar formal obséquio à Igreja católica que se opunha ao divórcio, divorciou-se, em 16 de Dezembro de 1809, com grande solenidade, da sua mulher Josefina, sob o perfil de "mútuo consentimento". Curiosamente, seguiu-se o processo de anulação do matrimónio

165
166 Vide MARONGIU, o.c. 494.
167 Vide MARONGIU, o.c. 495.
168 Vide MORANGIU, o.c. 496.
169 Vide JÚNIOR, o.c. 467.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0206

fundamentado em irregularidade de forma (não foi celebrado perante o padre competente) e, em 2 de Abril de 1810, casava, com solene ritual, com Maria Luísa, arquiduquesa de Áustria[170].

Com a queda de Napoleão, regressou a oposição ao divórcio e, no ano 1816, foi promulgada uma lei que o aboliu. No entanto, esta lei foi revogada no ano 1884. Manteve-se em vigor o Code Civil que iria influenciar a legislação de diversos Países europeus[171].

V - O DIVÓRCIO EM PORTUGAL

Pode dizer-se que a história do divórcio em Portugal não se afastou, nas suas grandes linhas, da evolução que assinalámos nas épocas anteriores, embora o peso da Contra Reforma fosse significativamente muito forte. Basta referir que as novas ideias foram violentamente combatidas pelos poderes político e eclesiástico, aliados na preservação dos valores defendidos pela Igreja católica.

Por isso, o Iluminismo não teve, entre nós, o carácter violento que assumiu em França; e, afastando-se do Código Civil francês, o Código Civil português de 1867 não consagrou o divórcio. Portugal continuou de costas voltadas às novas ideias que pugnavam pela introdução do divórcio.

Todavia, o tempo corria-lhes de feição e, em 1910, o Decreto de 3 de Novembro introduziu-o na ordem jurídica portuguesa. Foram admitidos os divórcios litigioso e por mútuo consentimento e fixaram-se, em relação àquele, as seguintes causas: o adultério da mulher ou do marido; a condenação definitiva de um dos cônjuges em qualquer penas maiores fixadas nos artigos 55º. e 57º. do Código Penal; sevícias ou injúrias graves; o abandono completo do domicílio conjugal por tempo não inferior a três anos; a ausência, sem que do ausente haja notícias por tempo não inferior a quatro anos; a loucura incurável quando decorridos, pelo menos, três anos sobre a sua verificação por sentença passada em julgado; a separação de facto livremente consentida, por dez anos consecutivos, qualquer que seja o motivo; o vício inveterado do jogo de fortuna ou de azar; a doença contagiosa reconhecida como incurável ou uma doença incurável que importe aberração sexual[172].

Mas o reconhecimento do divórcio num momento de particular agitação social suscitou a reacção forte da Igreja católica que, aproveitando a nova situação política entretanto instaurada, conseguiu que o Estado português celebrasse, em 1940, uma Concordata com a Santa Sé, por força da qual só é admitido o divórcio nos casamentos civis. Em abono do afastamento do divórcio nos casamentos celebrados na Igreja depois de 1 de Agosto de 1940, acolheu-se a ideia de que

170 Vide MORANGIU, o.c. 497-498.
171 Vide VARELA, o.c. 456.
172 Vide JÚNIOR, o.c. 427, 465 e 472; e VARELA, o.c. 456.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0206

os cônjuges, que o contraírem, renunciam à faculdade civil de o requererem[173].

Anos depois, em 1966, o actual Código Civil português manteve a orientação fixada na Concordata de 1940, optando pelo regime da separação de pessoas e bens, na expectativa de que, entretanto, os cônjuges desavindos acabariam por se reconciliar[174].

Em 1975, na sequência da Revolução de 25 de Abril de 1974, o Estado português e a Santa Sé procederam à revisão da Concordata e aditaram-lhe o Protocolo assinado em 15 de Fevereiro de 1975. E, logo em 27 de Maio, o direito português permitiu o divórcio litigioso e o divórcio por mútuo consentimento[175]. A Igreja continuava a não reconhecer o divórcio nos casamentos católicos, mas o Estado reconhecia-o e, por isso, os ex-cônjuges podiam contrair novas núpcias, sem incorrerem no crime de bigamia. Curiosamente, qualquer deles, que voltasse a casar, ficava com dois cônjuges: o actual, pela lei civil; o antigo, pelo direito canónico. Trata-se duma situação embaraçosa, mas era o preço de cedências recíprocas na revisão da Concordata. Todavia, o divórcio litigioso só é possível se um dos cônjuges violar culposamente os seus deveres conjugais: é a ideia do divórcio-sanção[176].

Decorridos dois anos, em 1977, operou-se outra reforma particularmente profunda: ao lado do divórcio-sanção surge o divórcio-remédio, a que se pode recorrer quando a ruptura da vida em comum é provocada por separação de facto por seis anos consecutivos; a ausência, sem que do ausente haja notícias por tempo não inferior a quatro anos; e a alteração das faculdades mentais do outro cônjuge que dure há mais de seis anos e, pela sua gravidade, comprometa a possibilidade de vida em comum[177]. A doutrina e a legislação mostraram-se, assim, sensíveis a situações em que a comunhão plena de vida não podia existir, ainda que sem culpa de nenhum dos cônjuges. Manter o matrimónio equivaleria, nesses casos, a condenar um dos cônjuges à castidade perpétua ou à contínua prática de adultério[178].

Em 1998, o tempo da separação de facto é reduzido para três anos consecutivos e, se o divórcio for pedido por um dos cônjuges sem oposição do outro, basta um ano; o tempo de duração da alteração das faculdades mentais é reduzido para três anos; e a ausência passou para dois anos[179].

Ou seja, a facilitação do divórcio progride. Faltava o passo final que foi dado em 2008 quando o divórcio-sanção e o divórcio remédio foram substituídos

173 Cf. Concordata de 1940, XXIV. Vide Francisco Manuel Pereira COELHO, Curso de direito da família. I. Direito matrimonial (Atlântida Editora / Coimbra, 1965) 442.
174 Vide VARELA, o.c. 453.
175 Cf. DL 261/75, de 27 de Maio.
176 Cf. art. 1719º. do Código Civil, na redacção do DL 496/77, de 25 de Novembro. Vide VARELA, o.c. 463.
177 Cf. art. 1781º., na redacção do DL 196/77, de 25 de Novembro.
178 Vide VARELA, o.c. 465.
179 Cf. art. 1781º., na redacção dada pela Lei nº. 47/98, de 10 de Agosto.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0206

pelo divórcio-repúdio, completando-se, assim, a viragem incisiva e profunda que paulatinamente se vinha fazendo[180]. Com efeito, o divórcio por violação culposa dos deveres conjugais e as sanções patrimoniais associadas à declaração de cônjuge culpado foram eliminadas[181] e simultaneamente manifestou-se uma clara preferência pelo divórcio por mútuo acordo. Procurou-se evitar que "o processo de divórcio já de si emocionalmente doloroso, "se transforme num litígio persistente e destrutivo, com mediação de culpas, sempre difícil, senão impossível de efectuar" e, por isso, "afastou-se a culpa"[182].

É claro que, estando o divórcio intimamente ligado à concepção de matrimónio, à evolução daquele não é alheia a nova compreensão deste. Assim, a velha ideia de casamento-instituição cedeu o seu lugar à de casamento-contrato baseado na reciprocidade dos afectos que implica a liberdade de qualquer dos cônjuges, sem o acordo do outro, romper a relação, independentemente de culpa, consagrando-se, assim, o velho princípio de que ninguém deve permanecer casado contra a sua vontade[183].

Entretanto, reduzida a simples grupo de indivíduos, a nova família tornou-se instável pela facilidade com que os seus elementos podem entrar e sair. E os problemas daí decorrentes são muitos e graves com enormes danos sobretudo para os filhos que, sem culpa dos actos dos pais nem sempre reflectidos, acabam por não ter o carinho de nenhum deles e o conforto estável duma educação que permite a boa formação das suas personalidades, quando, mais grave ainda, não são utilizados como armas de arremesso dos pais desavindos.

Mas os problemas não param aqui. O actual sistema jurídico do divórcio continua a ser criticado por não se adequar à nossa realidade social. Sobretudo, tem-se destacado o estatuto de subordinação das mulheres, vítimas desprotegidas de violência doméstica e elevadas a mero capital humano dos maridos[184]. Aponta-se também a perda de indemnizações e de benefícios[185]; e refere-se que a supressão do divórcio litigioso por violação culposa dos deveres é provável que não traga a pacificação das relações entre cônjuges e ex-cônjuges[186].

Mais, observa-se que, eliminada a culpa, a solução da responsabilidade passará pela assumpção de que o casamento é um risco[187], risco que penaliza, com a perda dos benefícios recebidos, o cônjuge que não contribuiu para o

180 Vide Henrich Ewal HÖRSTER,

181 O art. 1787º. Nº. 1 foi revogado pela Lei nº. 61/2008, de 31 de Outubro.

182 Transcrevemos Eva Dias COSTA, A eliminação do divórcio litigioso por violação culposa dos deveres conjugais em E foram felizes para sempre…? Uma análise crítica do novo regime jurídico do divórcio (Coimbra Editora / Coimbra, 2010) 70.

183 Vide Maria Clara SOTTOMAYOR, Uma análise crítica do novo regime jurídico do divórcio em E foram felizes para sempre … ?, cit. 22; e Maria João Romão Carreiro Vaz TOMÉ, Considerações sobre alguns efeitos patrimoniais do divórcio na lei nº. 61/2008, de 31 de Outubro: (in)adequação às realidades familioares do século XXI ? em E foram felizes para sempre … ?, cit. 149-152.

184 Vide SOTTOMAYOR, o.c. 13-16.

185 Vide SOTTOMAYOR , o.c. 20

186 Vide SOTTOMAYOR, o.c. 26.

187 Cf. art. 1792º. Vide COSTA, o.c. 74.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0206

divórcio[188], não garante a plena reparação dos danos nem afasta, na fixação do montante dos alimentos, a redução do padrão de vida que qualquer dos ex-cônjuges teve na constância do matrimónio[189].

Por tudo isto tem-se dito que *"o legislador deixou um sistema ainda mais a precisar de reparo do que aquele que encontrou"*[190]. E já se fala de redução drástica da natalidade, do aumento do número de casais com filho único ou até sem filhos, do aumento do número de indivíduos que vivem sozinhos, do aumento da taxa de separação e de divórcios[191].

VI - CONCLUSÃO

Justifica-se, agora, uma conclusão. Na breve peregrinação que fizemos pela história do divórcio no direito romano observamos duas posições: a liberdade plena do divórcio, consequência de o matrimónio ser uma comunidade de estima e de afecto recíproco que dura enquanto a affectio maritalis permanecer; e a ideia, posteriormente afirmada pelo Cristianismo, de que o matrimónio é um sacramento e, portanto, indissolúvel. Todavia, salvo uma ou outra tentativa, nunca esta ideia afastou definitivamente a primeira.

Só mais tarde, na Idade Média, se afirmou decisivamente a doutrina cristã, embora aqui e ali com avanços e recuos. A Idade Moderna procurou recuperar a doutrina romana da liberdade do divórcio e a Idade Contemporânea tentou consolidá-la. Todavia, nunca se afastaram as dificuldades do tema.

Em Portugal, os ideais revolucionários da Revolução Francesa foram travados no Código Civil de 1867, mas a questão do divórcio ressurgiu com intensidade logo após a implantação da República. A Concordata de 1940 acabou com o divórcio nos casamentos católicos. Manteve-o nos casamentos civis, embora dependente de culpa na violação dos deveres conjugais. A evolução começou por assinalar a possibilidade do divórcio sem culpa em situações restritas e bem definidas e, depois de facilitar o divórcio sem culpa, acabou por afastar o divórcio por culpa. Chegámos, assim, ao divórcio-repúdio que o direito romano conheceu antes da influência cristã, com os abusos que referimos. Em consequência, não falta hoje quem veja no casamento uma associação económica inspirada num princípio de partilha[192].

Todavia, o velho problema continua: a necessidade de proteger a família, palco em que o divórcio deve ser considerado. É certo que quer a solução divorcista quer a reposta antidivorcista não se alheiam deste problema. E não parece menos certo que o divórcio pode constituir um "mal necessário" e, portanto, deve ser admitido nos casos extremos em que a vida conjugal se tornou

188 Cf. art. 1791º.
189 Cf. art. 2016º.-A.
190 Transcrevemos COSTA, o.c. 80.
191 Vide TOMÉ, o.c. 149.
192 Vide TOMÉ, o.c. 151.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0206

intolerável e a esperança da reconciliação é muito remota[193].

Mas a contratualização do matrimónio e, em consequência, a colocação do divórcio na dependência do capricho de algum ou dos dois cônjuges não protege a família que corre o risco de ser dominada por uma concepção hedonista ou materialista[194].

Foi assim em Roma.

Que assim não seja no meu País.

A. Santos Justo

ABREVIATURAS

BFDUC - Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (Coimbra)

BIDR - Bulletino del'Istituto di Diritto Romano (Roma)

C. - Codex (Corpus Iuris Civilis)

C. Thed. - Código Teodosiano

D. - Digesto (Corpus Iuris Civilis)

DL - Decreto-Lei

ED - Enciclopédia del Diritto (Milão)

N. - Novela (Corpus Iuris Civilis)

NNDI - Novíssimo Digesto Italiano (Turim)

PS. - Pauli Sententiae

RIDA - Révue Internationale des Droits de l'Antiquité (Bruxelas)

SDHI - Studia et Documenta Historiae et Iuris (Roma)

193 Vide COELHO, o.c. 438-439.
194 Vide VARELA, o.c. 463-464.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0206