

**DIVÓRCIO:
a intervenção do estado em contraponto à autonomia privada dos cônjuges**

Guilherme Augusto Giovanoni da Silva¹

RESUMO

O presente artigo científico analisa o conceito de casamento e a sua natureza jurídica dentro do ordenamento jurídico português, para então, após um breve análise histórica definir que o casamento possui natureza jurídica de contrato e como tal o divórcio, instituto jurídico que coloca fim à relação matrimonial também detém natureza jurídica. Para tanto também é analisando o conceito, o histórico e a natureza jurídica do divórcio para então, com base nos princípios da autonomia da vontade defender que o Estado português ao impor determinados acordos quanto os efeitos do divórcio intervém na autonomia privada dos cônjuges, ofendendo um princípio basilar do direito civil, notadamente se considerarmos o casamento um contrato que é permeado pela autonomia da vontade dos cônjuges. O método utilizado consistiu em pesquisa bibliográfica sobre o tema e estudo de casos judiciais específicos.

PALAVRAS CHAVES: CASAMENTO. CONTRATO. AUTONOMIA DA VONTADE. DIVÓRCIO. INTERFERÊNCIA ESTATAL.

¹ Especialista em Direito Processual Civil pela PUC-RIO - Mestrando em Ciências Jurídicas pela Universidade Autónoma de Lisboa - Professor da Faculdade de Direito das Faculdades Integradas Vianna Júnior

INTRODUÇÃO

As figuras do casamento e do divórcio sempre andaram atreladas, não se concebe um deles sem a existência do outro. E suas existências sempre estiveram permeadas por avanços e retrocessos, tanto jurídicos como sociais, principalmente se considerarmos a influência que a Igreja Católica exerceu e ainda exerce sobre os referidos institutos.

Não se pretende com o presente trabalho esgotar o tema controvertido do divórcio, mas tão somente elaborar um estudo sobre a temática, cujo objetivo é trazer uma reflexão sobre a ingerência no Estado, por meio do seu poder de regulamentação legal, sobre a figura jurídica do divórcio.

Para se chegar à conclusão da ingerência desmedida do Estado, na hipótese de divórcio por mútuo consentimento dos cônjuges no Direito português, o presente trabalho analisou o instituto do casamento dentro do ordenamento jurídico de Portugal, definindo a sua evolução histórica, o seu conceito e sua natureza jurídica.

Faz-se uma abordagem sobre o divórcio, analisando o referido instituto sob o ponto de vista de sua evolução histórica dentro do ordenamento jurídico português, bem como delimitando o seu conceito e a sua natureza jurídica. Analisa-se, ainda, as modalidades de divórcio existentes e os efeitos produzidos por ele, dando-se maior ênfase ao divórcio por mútuo consentimento dos cônjuges.

Os princípios da autonomia da vontade e da liberdade contratual, princípios básicos do Direito Civil, também são analisados e conceituados, pois que estão intimamente correlacionados às figuras do casamento e do divórcio. Por fim, faz-se a correlação entre a intervenção Estatal por meio da regulamentação do divórcio em contraponto com a autonomia de vontade e liberdade contratual dos cônjuges quando do pedido de divórcio.

Com o presente trabalho, será analisado o instituto do divórcio na ordem jurídica portuguesa, com breves apontamentos sobre a sua origem, elementos e fundamentos, com a finalidade de demonstrar a que a intervenção estatal ao regulamentar o divórcio é uma interferência desmedida na autonomia da vontade

dos cônjuges. Ao final, serão analisados os problemas de ordem jurídica que representa a referida intervenção estatal na liberdade contratual dos cônjuges, visando contribuir para o enriquecimento do tema, que vem se tornando relevante em nível acadêmico e prático.

1 BREVE ANÁLISE SOBRE O CASAMENTO EM PORTUGAL

1.1 Histórico

O casamento é um ato solene de união entre duas pessoas, tendo o termo matrimônio como sinônimo. Já em sentido jurídico consiste o casamento na entidade familiar constituída com base no atendimento das solenidades legais. É, portanto, a união, mediante o cumprimento de alguns requisitos legais, entre duas pessoas com efeitos jurídicos relevantes, impostos pelos Estado, dentre eles os deveres de coabitação, fidelidade, cooperação e assistência mútua.

Na terminologia jurídica, designa o contrato solene que, gerando a sociedade conjugal ou formando a união legítima entre o homem e a mulher², vem estabelecer os deveres e obrigações recíprocas, que atribuem a cada um dos cônjuges, seja em relação a eles, considerados entre si seja em relação aos filhos que possam gerar desta união (SILVA, 2002, p. 157).

Historicamente considerado, o casamento não era um ato formal ou solene, sendo que o mesmo se constituía pelo simples fato de duas pessoas estabelecerem concretamente o objetivo de vida em comum de forma plena. Constituía-se, então, pelo simples aparecimento da *affectio maritalis* entre os nubentes, que é exatamente o “elemento subjetivo que evidencia o propósito comum de convivência duradoura entre homem e mulher” (MEDINA, 2013, p. 169).

Neste contexto histórico o instituto do casamento não se revestia de

² No âmbito do ordenamento jurídico português a Lei n.º. 9/2010 de Maio de 2010 aprovada pela Assembleia da República portuguesa alterou o artigo 1577º do Código Civil português para permitir o casamento civil entre pessoas do mesmo sexo.

qualquer formalidade ou solenidade, bastando que entre um homem e uma mulher houvesse o propósito comum de convivência duradoura baseado na simples ideia da existência da *affectio maritalis* (MEDINA, 2013).

O casamento como hoje o concebemos, formalista e solene é fruto de séculos de Cristianismo, tendo o referido fenômeno religioso concebido a ideia de casamento ligada ao conceito de sacramento “que se traduz na comunhão perfeita e vitalícia dos cônjuges destinada ultimamente à procriação e à educação dos filhos na Fé de Cristo” (COSTA, 2005, p. 18). O Cristianismo mudou o enfoque sobre a figura do casamento, tornando-o um ato solene e indissolúvel.

O Código de Direito Canônico em seu artigo 1055, preleciona que o casamento é o pacto matrimonial, pelo qual o homem e a mulher constituem entre si o consórcio íntimo de toda a vida, ordenado por sua índole natural ao bem dos cônjuges e à procriação e educação da prole, entre os batizados foi elevado por Cristo Nosso Senhor à dignidade de sacramento.

Foi, então, com o advento do cristianismo pelo mundo e com o surgimento das convicções religiosas que passaram a dominar por inteiro o instituto do casamento que o mesmo passou a ser considerado como um sacramento em que intervinha a vontade divina (MEDINA, 2013).

Neste contexto histórico

o casamento passou a se revestir da forma canônica e sua celebração era autorizado pelo ministro do culto. Após o Concílio de Trento, no século XVI, é que passou o sacerdote a intervir na celebração do matrimônio” (MEDINA, 2013, p. 169).

Durante anos somente se reconhecia o casamento como instituição sacramental instituída e controlada pela Igreja Católica. Passa-se de um momento histórico de ausência de solenidade, como ocorria no direito romano, e passa-se a um momento histórico em que não bastava a *affectio maritalis*, devendo os nubentes se submeterem às regras rígidas impostas pela Igreja, já que a esta altura quase que somente era reconhecido o casamento religioso como instituição sacramental, daí porque se dizer em matrimônio.

A Igreja Católica, a essa altura, detinha o controle quase que absoluto do

casamento até o advento do protestantismo e sua disseminação com o seu predomínio em muitos países europeus. Foi nesse momento histórico em que houve a retirada do casamento do controle da Igreja Católica, passando a submissão do poder do Estado. O casamento deixa de ser assunto divino e passa a ser encarado como assunto terreno.

Ainda que tenha havido a transferência e controle da instituição do casamento para a aréola estatal, ainda sim a Igreja Católica exercia forte influência sobre o casamento.

O desligamento mais eficaz veio a ocorrer com a implementação da Revolução Francesa, no final do século XVIII. Neste momento histórico transformou-se a concepção de ato religioso e formal para uma concepção de que o casamento é um “ato meramente civil, baseado na vontade livre dos nubentes” (MEDINA, 2013, p. 169), dessa forma afastando a intervenção obrigatória da Igreja.

Surge, então, o casamento civil como forma de afirmação da supremacia do Estado sobre os seus súditos, reivindicando para si a competência exclusiva em matéria matrimonial. É neste contexto histórico que nasce o casamento na modalidade civil e de natureza laica, independente do casamento religioso, já que, conforme afirmado, foi nesse momento histórico em que houve o surgimento do casamento civil, cuja competência para a celebração era atribuída aos representantes do Estado e não mais como ato exclusivo dos sacerdotes ou dos representantes da Igreja (MEDINA, 2013).

Segundo os ensinamentos de Diogo Leite de Campos (2008, p. 168) “o casamento civil terá sido instituído, pela primeira vez nos tempos modernos, na Holanda e na Frísia Ocidental em 1580: todos os não calvinistas foram obrigados a celebrar o casamento perante o magistrado civil”. É a mais cristalina ruptura com o sistema hegemônico instituído pela Igreja Católica.

A evolução da celebração do casamento estritamente religioso para um sistema de celebração civil teve o seu auge com a implementação da Constituição

da França que previa em seu artigo 7³ que o casamento era um simples contrato civil. Norma que foi transferida e copiada para o Código Civil Francês (CAMPOS, 2008).

No caso específico de Portugal, o casamento civil só foi introduzido no ordenamento jurídico português com a edição do Código Civil do século XIX, com caráter meramente facultativo diante da forte influência exercida pela Igreja sobre o Estado (MEDINA, 2013).

Na ocasião da elaboração do projeto de Código Civil

Seabra distinguia, no matrimônio, a dupla natureza de sacramento e contrato; competindo à Igreja definir as condições e efeitos espirituais do sacramento e à lei civil as condições e efeitos temporais do contrato (arts. 113.º e 114.º)” (CAMPOS, 2008, p. 172).

O fato relevante é que durante a vigência do Código Civil de 1867 foi mantido em território português a dualidade de ritos de casamento, admitindo-se a plena validade do casamento canônico a ser celebrado por quem professasse a religião católica e, aos não católicos, de forma subsidiária, aceitava-se o casamento civil.

Com a proclamação da República em 1910, houve uma alteração radical no sistema matrimonial português, já que o decreto n.º. 1 de 25 de dezembro de 1910 tornou o casamento civil obrigatório e deixou de se atribuir efeitos civis aos casamentos católicos, talvez como consequência da divisão advinda da separação entre o Estado e a Igreja (MEDINA, 2013).

Neste contexto a nova lei estabeleceu o casamento civil obrigatório e o considerou como um contrato puramente civil.

Passados alguns anos, veio a celebração da Concordata entre Portugal e a Santa Sé, ocorrida 1940, nesse momento de reaproximação do Estado e da Igreja, foi reintroduzida a dualidade de formas de casamento, o civil e o canônico. O

³ A Constituição francesa de 1791, embora com breve duração, foi a primeira constituição escrita da França e possuía como um dos seus preceitos básicos, advindo da revolução a adoção do constitucionalismo e o estabelecimento da soberania popular, numa nítida relação de influência da constituição implementada nos Estados Unidos da América. É neste contexto histórico que artigo 7º assim previa: A lei considera o casamento como sendo um contrato civil.

casamento canônico passou de novo a produzir efeitos civis, deixando de ser obrigatória a celebração do casamento civil. Passou-se, então, novamente a admitir a celebração do casamento religioso com efeitos civis, conforme veio a ser ratificado pelo artigo 1587, número 2 do Código Civil (MEDINA, 2013).

Este sistema perdurou com a vigência do Código Civil de 1967, que admite as duas modalidades de casamento: o casamento canônico e o casamento civil. Esta dualidade de formas de casamento se mantém ainda no direito português conforme se observa da leitura dos atuais artigos 1587⁴ e 1588⁵.

Evidencia-se, pois, que o instituto do casamento em Portugal sofreu muita influência da Igreja Católica e, entre algumas modificações legislativas, prevaleceu a dualidade de modalidades, tendo o ordenamento jurídico português mantido a concepção tanto do casamento civil, como do religioso ao qual se reconhece efeitos civis, mas não a sua obrigatoriedade como outrora.

1.2 Conceito e Natureza jurídica

Conceituar a figura jurídica do casamento não é tarefa fácil tenho em vista que existem numerosas definições que não se limitam a conceituá-lo, mas também refletem concepções originais ou tendências filosóficas ou até mesmo certa ideologia religiosa, não havendo uniformidade na sua caracterização (PEREIRA, 2014).

O fato é que como a matriz do direito português é romana, se torna prudente começar a árdua tarefa de conceituar o casamento pelos conceitos que o Direito Romano legou à posteridade. Assim, numa das acepções romanas de casamento é patente a referência à perenidade da união, bem como à comunhão de direito humano e divino. Já a segunda definição romana, possivelmente elaborada por Ulpiano, consagrada nas Institutas de Justiniano, foi a adotada pelo Direito Canônico. Nesta segunda conceituação o que dominava na concepção romana do matrimônio

⁴ ARTIGO 1587º (Casamento católico e civil) 1. O casamento é católico ou civil. 2. A lei civil reconhece valor e eficácia de casamento ao matrimônio católico nos termos das disposições seguintes.

⁵ ARTIGO 1588º (Efeitos do casamento católico) O casamento católico rege-se, quantos aos efeitos civis, pelas normas comuns deste código, salvo disposição em contrário.

era mais a ideia de relação jurídica entre um homem e uma mulher do que propriamente o ato de celebração. Dava-se mais ênfase a situação fática da convivência, animada sempre da *affectio maritalis*. Para os romanos o casamento se efetuava com a simples manifestação da vontade dos nubentes (PEREIRA, 2014). Sem qualquer requisito de forma, solenidade, bastava a declaração de vontade dos nubentes. Daí porque até os dias atuais consideramos o casamento como um fato social, de relevância para o Direito.

Modernamente, o casamento é visto como um contrato estabelecido entre duas pessoas, um homem e uma mulher, não deixando de relevar que o Cristianismo elevou o casamento à dignidade de um sacramento, pelo qual um homem e uma mulher selam a sua união sob as bênçãos do céu, transformando-se numa só entidade física e espiritual e de maneira indissolúvel (PEREIRA, 2014).

Foi o Cristianismo, então, que impingiu ao conceito de casamento os caracteres de solenidade e indissolubilidade, basta verificarmos os artigos 1055 e 1108 do Codex Canônico, já mencionados.

Para a doutrina portuguesa não há dúvidas quanto ao conceito de casamento, já que o Código Civil Português em seu artigo 1.577 o descreve como sendo um contrato celebrado entre duas pessoas que pretendem constituir família mediante uma plena comunhão de vida. Não restam dúvidas que para o Direito Português o casamento possui natureza jurídica contratual.

Conforme resulta da noção contida no art.º 1577º do Código Civil, o casamento é o contrato celebrado entre duas pessoas, independentemente do sexo⁶, com objetivo de constituir família mediante plena comunhão de vida (LEAL, 2005, p. 7).

Para a doutrina portuguesa o casamento é caracterizado como um negócio jurídico solene, na realidade um contrato formal, ou seja, mediante o qual duas pessoas aceitam voluntaria e reciprocamente estabelecer entre si convivência

⁶ A Lei n.º 9/2010 de 31 de Maio de 2010 aprovada pela Assembleia da República portuguesa alterou o artigo 1577º do Código Civil português para permitir o casamento civil entre pessoas do mesmo sexo.

comum de caráter duradouro (MEDINA, 2013).

Vejam que no conceito de casamento não há a existência de qualquer condicionante para a sua celebração, bastando a declaração de vontade dos nubentes, declaração livre e autônoma. Não analisará as hipóteses dos pressupostos e impedimento para o casamento, pois que se distancia do tema proposto.

Na mesma linha de pensamento é a doutrina de Digo Leite de Campos (2008) para quem o casamento é também um negócio jurídico, independentemente de ser civil ou católico. “O casamento é um negócio jurídico: uma ou mais declarações de vontade (neste caso duas declarações) dirigidas a certos efeitos e que a ordem jurídica tutela” (CAMPOS, 2008, p. 172).

Não destoa a doutrina portuguesa da doutrina estrangeira para quem o casamento também é um contrato bilateral e solene pelo qual um homem e uma mulher se unem, em tese, indissolúvelmente. Neste sentido:

Desse modo, melhor considerar o casamento como um negócio jurídico bilateral *sui generis*, especial. Trata-se, portanto, de um negócio híbrido: na formação é um contrato, no conteúdo é uma instituição. Nesse sentido, Sílvio de Salvo Venosa ensina: “Em uma síntese das doutrinas, pode-se afirmar que o casamento-ato é um negócio jurídico bilateral; o casamento-estado é uma instituição” (TARTUCE, 2014, p. 138).

Superada a tarefa de conceituar o casamento se faz necessário analisar a natureza jurídica do instituto. Tarefa que também não se mostra fácil ante as implicações que as várias ideologias sobre o casamento exercem.

Neste sentido inicia-se o tema da caracterização da natureza jurídica do casamento dizendo que de modo geral identifica-se a existência de três teorias, são elas: a contratualista, a institucionalista e, a teoria mista ou eclética.

Para a teoria contratualista o casamento é um contrato. O casamento tem, portanto, natureza negocial e, por este motivo, entende-se que deve prevalecer a autonomia privada das partes, por meio do consentimento, autônomo e livre. A grosso modo, o casamento é não mais que um negócio jurídico.

É pertinente apontar que essa corrente é adotada expressamente pelo Código Civil português, que em seu art. 1577 que traz a previsão de que o casamento é um contrato celebrado entre duas pessoas⁷ que pretendem constituir família mediante uma plena comunhão de vida.

Já para a teoria institucionalista o casamento é visto ou concebido como reflexão de “uma situação jurídica, cujas regras e quadros se acham preestabelecidos pelo legislador, com vistas à organização social da união dos sexos” (PEREIRA, 2014, p. 123).

Dentro da sociedade, a família é um organismo de ordem natural com a finalidade de assegurar a perpetuidade da espécie humana, e bem assim o modo de existência conveniente às suas aspirações e a seus caracteres específicos. Em face disto, o casamento é o conjunto de normas imperativas cujo objetivo consiste em dar à família uma organização social moral correspondente às aspirações atuais e à natureza permanente do homem (PEREIRA, 2014, p. 123).

Por fim, temos a teoria mista ou eclética. Os seus defensores afirmam ser o casamento, um ato complexo, no qual vigora traços tanto da teoria contratualista como a teoria institucionalista. No fundo, a grosso modo, o que a teoria mista vem a fazer é, no confronto das teorias contratualista e institucionalistas, deve-se promover uma compatibilização, uma pacificação, destas teorias.

Das três correntes expostas, somos adeptos da terceira (teoria eclética ou mista). Quanto à primeira corrente, entendemos que ela se encontra superada pela aplicação da autonomia privada em sede de casamento e pelo reconhecimento de novas entidades familiares. No que concerne à segunda, achamos exagerado afirmar que o casamento é um contrato. Isso porque o contrato ainda é conceituado, em uma visão clássica, como um negócio jurídico bilateral ou plurilateral que visa a criação, a modificação ou a extinção de direitos e deveres, com conteúdo patrimonial. Ora, quando as pessoas se casam não buscam esse intuito patrimonial, mas afetivo, para uma comunhão plena de vida (art. 1.511 do CC). Pelo menos é o que se espera. Em reforço, deve-se observar que a principiologia do casamento é totalmente diversa dos regramentos básicos aplicáveis aos contratos (TARTUCE, 2014, p. 138).

⁷ Vide nota n°. 5.

O fato é que, diferentemente da doutrina brasileira, a doutrina portuguesa defende que a natureza jurídica do casamento é de um contrato de natureza civil conforme previsão legal do artigo 1577 do Código Civil português. E como contrato, defendemos a tese de que implica a atuação ou a aplicação de todos os princípios basilares do Direito Civil concernentes às obrigações e aos contratos, mais especificamente com relação à autonomia da vontade e liberdade contratual. O que diverge a doutrina é sobre os efeitos do contrato casamento, se são efeitos meramente patrimoniais ou geram também efeitos pessoais. “O casamento caracteriza-se pela contratualidade, pela assunção do compromisso recíproco de plena comunhão de vida, pela pessoalidade e pela solenidade” (PINHEIRO, 2015, p. 389).

É fato, porém, que embora a doutrina portuguesa defina o casamento como um instituto jurídico de natureza contratual, defende-se que não é um contrato puro e simples relacionado às obrigações patrimoniais, mas um contrato especial, cujas obrigações não se limitam às obrigações de cunho patrimonial, mas cujos efeitos jurídicos de tal ato de contratação são impostos pelo Estado, ou melhor, pela legislação civil pertinente, conforme dicção do artigo 1618⁸ do *Codex Civil*.

De qualquer modo, sendo um contrato, o casamento corresponde a um contrato especial. Em primeiro lugar, é pessoal numa segunda acepção do termo: influi no estado das pessoas, projetando-se principalmente na esfera pessoal e acessoriamente na esfera patrimonial. Em segundo lugar, é um contrato familiar, estando conseqüentemente marcado pelo aspecto funcional. O casamento tem finalidade comunitária, extra-individual, que impede a aplicação da exceção de não cumprimento (PINHEIRO, 2015, p. 392).

Neste sentido é a previsão legal dos artigos 1588 e 1671 e seguintes do

⁸ Artigo 1618° (Aceitação dos efeitos do casamento) 1. A vontade de contrair casamento importa na aceitação de todos os efeitos legais do matrimónio, sem prejuízo das legítimas estipulações dos esposos em convenção antinupcial. 2. Consideram-se não escritas as cláusulas pelas quais os nubentes, em convenção antinupcial, no momento da celebração do casamento ou em outro acto, pretendam modificar os efeitos do casamento, ou submetê-lo a condição, a termo ou à preexistência de algum facto.

Código Civil português, que além de mencionar quais os efeitos do casamento são regidos pelas normas comuns do Código Civil, ainda impõe alguns deveres como os de respeito, fidelidade, coabitação, cooperação, assistência, dentre outros. O casamento seria, então, um contrato cujos os efeitos já estão pré-estabelecidos na lei civil.

Não se pode olvidar que a origem contratual do casamento advém do direito canônico que já enfatizava e ainda enfatiza a importância da vontade das partes na sua celebração (MEDINA, 2013), mesmo que não se tenha autonomia para decidir quais os efeitos do ato de celebração do casamento, pois como se disse tais efeitos são injuntivos, impostos pela lei, o fato é que ainda assim existe autonomia da vontade dos nubentes de escolher contratar ou não e com quem contratar. Tal fato por si só já se mostra suficiente para caracterizar a natureza jurídica do casamento como contrato.

Defende-se, desta feita, com base na doutrina portuguesa e também estrangeira, a natureza jurídica contratual do casamento, ainda que seja limitada a autonomia da vontade às decisões de contratar e não contratar, mas o fato é que apenas isso já caracteriza o casamento como contrato e como tal, deve estar presente a autonomia da vontade e a liberdade de contratar, sem as quais não há como se reconhecer a validade e eficácia do ato celebrado.

A principal declaração de vontade que deve existir no momento da celebração do casamento é a declaração livre e autonomia de se casar, o que já basta para caracterizar o aspecto contratual do casamento, pois somente haverá casamento, ou contrato, se as partes, no caso os nubentes, manifestarem a sua livre vontade de contratar, ou melhor dizendo de casar.

A questão secundária que se coloca, conforme artigo 1618 do Código Civil português, é se a declaração da vontade de contrair casamento importa na aceitação de todos os efeitos legais do matrimônio. Assim, questiona-se se isso poderia desconfigurar a natureza jurídica contratual do instituto.

Entendemos que não, pois a declaração maior de vontade ainda fica a critério e ao livre arbítrio dos nubentes. Ainda que com efeitos vinculados o ato

solene do casamento possui inegável liberdade dos cônjuges que podem decidir por contratar ou não contratar, em qual momento contratar, com quem contratar e qual o regime de bens será aplicado durante a vigência do casamento.

A afirmação, desenvolvida ao longo da história do casamento, da contratualidade deste, trata-se do casamento religioso ou do casamento civil, tem promovido a defesa do consentimento dos cônjuges como seu fundamento, afirmado a importância e a imprescindibilidade deste requisito, e a particular perfeição que ele deve revestir. Em matéria de casamento não admissível um casamento sem vontade, no sentido de que não se pode permitir a continuação do casamento sem uma vontade perfeita, livre, esclarecida, dirigida, pelo menos, aos principais efeitos do casamento, à prossecução da comunhão de vida que constitui a sua essência (CAMPOS, 2008, p. 194).

O que se percebe da doutrina no mestre Diogo Leite de Campos (2008), é a essencialidade da manifestação de vontade perfeita, livre e esclarecida dos nubentes quando da celebração do casamento, sob pena de permitir a continuidade do casamento obtido de modo diverso. O que sobressai dos ensinamentos no mestre civilista é que o consentimento livre e autônomo dos nubentes tem sido defendido pela doutrina portuguesa como o próprio fundamento do casamento, cuja importância e a imprescindibilidade deste requisito tem sido afirmado, independente da modalidade de casamento, se civil o religioso. O fato é que casamento sem consentimento não é casamento, o que somente vem afirmar a tese aqui desenvolvida sobre a natureza jurídica contratual do casamento, pois que não há que se falar em contrato, sem manifestação livre, autônoma e consciente dos contratantes.

Discutir e definir a natureza jurídica do casamento é importante, pois a partir da fixação de sua natureza jurídica como contrato, passamos a entender o divórcio, como um simples distrato, que da mesma forma que o contrato, a lei impõe algumas consequências, como todo e qualquer contrato. Mas seriam estas consequências impostas pelo Estado aceitáveis ao ponto de se negar a formalização do distrato?

1.3 Efeitos do casamento

Todo ato dos nubentes consubstanciado na declaração livre e autônoma de constituir matrimônio gera indubitavelmente efeitos jurídicos que são impostos pelo Estado através da instituição de leis.

No caso específico do casamento, o artigo 1618 do *Codex Civil* português é claro ao mencionar que a vontade dos nubentes de contrair casamento importa a aceitação de todos os efeitos legais do matrimônio. Vimos, então, que o casamento é um contrato dependente da vontade livre e autônoma dos nubentes, mas que possui efeitos vinculados, já predeterminados pela lei civil de regência. Ressaltamos que a vinculação dos efeitos não tem por si só o condão de retirar o aspecto contratual do ato, o que será melhor trabalhado abaixo.

O contrato de casamento poderia não determinar efeitos jurídicos, pessoais ou patrimoniais, entre os cônjuges. Estes continuariam a ser juridicamente estranhos, estabelecendo «de facto» entre si o relacionamento que entendessem. Tratar-se-ia de um modelo próximo do oferecido pelo Direito Romano, no qual, como vimos, o estado de casado é um estado de «de facto» assente num consenso actual. [...] O contrato de casamento determina efeitos jurídicos, pessoais e patrimoniais, entre as partes, que originam um novo «estado» civil: o estado de casado. Estado que afecta profundamente aspectos fundamentais da pessoa humana. Aspectos que são tutelados por direitos da personalidade. (CAMPOS, 2008, p. 241).

Assim, como em qualquer contrato, todos os casamentos, independente da modalidade, se civil ou religioso possuem efeitos jurídicos que são disciplinados pelo artigo 36 n.º. 2^º da Constituição da República Portuguesa e o artigo 1588.º¹⁰ do Código Civil (PINHEIRO, 2015).

Na prática, tendo em vista o que consta previsto no Capítulo IX, “Efeitos do casamento quanto às pessoas e aos bens do cônjuge”, do Título II do Livro IV do

⁹ Artigo 36.º (Família, casamento e filiação) 1. Todos têm o direito de constituir família e de contrair casamento em condições de plena igualdade. 2. A lei regula os requisitos e os efeitos do casamento e da sua dissolução, por morte ou divórcio, independentemente da forma de celebração. [...]

¹⁰ Artigo 1588.º. (Efeitos do casamento católico) O casamento católico rege-se, quanto aos efeitos civis, pelas normas comuns deste código, salvo disposição em contrário.

Código Civil “a doutrina tende a separar os efeitos pessoais dos efeitos patrimoniais estudados separadamente” (PINHEIRO, 2015, p. 446).

Como efeito jurídico pessoal advindo da relação matrimonial celebrada o mais importante é estado de casado, ou seja, a relação matrimonial. À relação matrimonial é estabelecida, tanto no Direito Português quanto no Direito Brasileiro, a igualdade de direitos e deveres dos cônjuges, ou seja, esta igualdade é implicação natural da relação matrimonial (art. 1671.º C.C.P. e art. 1511.º C.C.B.).

O primeiro e principal efeito pessoal do casamento já previsto no artigo 1671 do Código Civil Português é a igualdade de direitos e deveres dos cônjuges. Os deveres são os previstos no artigo 1672 da legislação civil, quais sejam, os deveres de respeito, fidelidade, coabitação, cooperação e assistência. É de se ressaltar, ainda, que no âmbito legal dos efeitos pessoais do casamento ainda se incluem o domínio do nome, da filiação, da nacionalidade e da entrada e permanência em território português.

Os efeitos patrimoniais do casamento envolvem o regime de bens, uma das situações em que os cônjuges dispõem de ampla liberdade para a escolha, talvez, tirando a vontade de casar, seria o único efeito do casamento passível de livre escolha pelos cônjuges, a administração dos bens do casal, dentre outros.

2 BREVE ANÁLISE SOBRE O DIVÓRCIO EM PORTUGAL

2.1 Histórico

O divórcio é derivado do latim *divortium*, de *divertere* ou *divortere* significando separar-se, apartar-se. Assim, o divórcio é umas das formas ou técnica jurídicas de dissolução do casamento com a ruptura de todos os laços que se haviam formado por ele. (SILVA, 2002).

O divórcio, então, assim como a morte de um dos cônjuges é uma das formas de dissolução do vínculo matrimonial. Basta analisarmos o artigo 1788 do Código Civil português que é claro em dizer que (PINHEIRO, 2015) o divórcio

dissolve o casamento e tem juridicamente os mesmos efeitos da dissolução por morte.

Pode-se então concluir que o divórcio é a única maneira de dissolução do casamento por vontade dos cônjuges, o que não poderia ser diferente, já que o casamento, como visto possui natureza contratual, o divórcio, a grosso modo, seria o distrato, baseado na mera constatação da quebra da *affectio maritalis*.

No ordenamento jurídico português o divórcio somente vem a ser implementado após algumas décadas de muitas discussões e em consequência direta do triunfo da revolução de 5 de outubro de 1910. Até esta época somente era aceito a separação de pessoas e bens já que o “Código Civil de 1867 previa unicamente o instituto da separação de pessoas e bens (arts. 1204º e s.)” (PINHEIRO, 2015, p. 619).

Assim, “a história portuguesa da legislação do divórcio começa um pouco depois da instauração da República, com a publicação do Decreto de 3 de Novembro de 1910, conhecido como Lei do Divórcio” (PINHEIRO, 2015, p. 619).

A introdução do divórcio no ordenamento jurídico português coincide com a separação entre a Igreja e o Estado e com a instituição do casamento civil obrigatório, já que foi com a Proclamação da República que Portugal passou a ser um estado laico. A Lei do Divórcio, então implementada, representava um sentimento de liberdade e em comparação com outros Estados Nacionais “é uma das leis mais liberais do mundo da época, em matéria de dissolução de casamento” (PINHEIRO, 2015, p. 619), pois que admitia o divórcio consensual, quando havia convergência na vontade dos cônjuges, o litigioso, hipótese em que não havia convergência na vontade dos cônjuges e a dissolução do casamento era requerida com fundamento em causas subjetivas, como a infração a um dos deveres do casamento.

Mesmo tratando de uma das legislações mais liberais à época, impunha condições severas aos cônjuges, como por exemplo, ter que expor a intimidade do casal para a dissolução litigiosa baseada na quebra de um dos deveres matrimoniais.

Neste sentido é a doutrina de Maria Berenice Dias:

Tais limitações nunca tiveram qualquer sentido. Afinal, todo mundo sempre foi livre para casar, mas não para sair do casamento. A obrigatória identificação de um culpado na ação de separação para depois ocorrer sua transformação em divórcio tornou-se um verdadeiro calvário imposto a quem só desejava ter assegurado o direito de sair do um relacionamento. Aliás, causa, existe, somente uma para a separação: o fim do amor! [...] (Dias, 2016)

Como não podia deixar de ser, mesmo tratando-se de um estado laico, Portugal, assim como outros países europeus como Itália e até mesmo países americanos como o Brasil sofreram e ainda sofrem muita influência da Igreja Católica, principalmente quanto à defesa do casamento enquanto sacramento e instituição social.

O fato é que a história do divórcio em Portugal teve uma grande reviravolta quando em 1940, em plena a II Grande Guerra, é assinada a Concordata de 1940 entre Portugal e a Santa Sé. O referido documento representa uma grande reviravolta porque impõe a proibição do divórcio para os casamentos católicos a serem celebrados futuramente.

Assim, a partir de 1940 com a Concordata assinada reintroduziu no ordenamento jurídico português a indissolubilidade do casamento católico (PINHEIRO, 2015, p. 619), já que até 1910 era admitido pelo ordenamento jurídico português tão somente a separação entre pessoas e bens, o que não dissolve o vínculo do matrimônio, mas tão somente coloca fim aos deveres matrimoniais, tais como os de fidelidade, coabitação e de regime de bens.

[...] a Lei do Divórcio manteve-se em vigor, sem alterações de monta, até a Concordata de 1940 celebrado entre o Estado Português e a Santa Sé, a qual veio vedar aos cônjuges que optassem por casar catolicamente a partir de 01/08/1940 a possibilidade de requererem o divórcio, mantendo-se, no restante, a admissibilidade do divórcio nos mesmos termos que vinham sendo admitidos no direito civil. (COSTA, 2005, p. 85).

Foi neste contexto histórico que foi editado um novo Código Civil, chamado de

o Código Civil de 1966, que “manteve a proibição do divórcio católico celebrado após a Concordata de 1940; e restringiu fortemente a faculdade de divórcio, no caso de casamento civil, abolindo o divórcio por mútuo consentimento e o divórcio com base em causas objetivas”. (PINHEIRO, 2015, p. 620).

Tendo o novel código civil transcrito o princípio da indissolubilidade do casamento católico introduzido pela Concordata, tal fato representou um retrocesso já que Portugal detinha o sistema divorcista mais liberal do continente europeu. (PINHEIRO, 2015).

E assim permaneceu a história do divórcio no ordenamento jurídico português até que em 1975, após a Revolução dos Cravos, momento político semelhante ao que foi a Proclamação da República em 1910, é assinado o Protocolo Adicional à Concordata de 1940, passando a permitir, novamente no âmbito do ordenamento jurídico português a dissolução do casamento por meio do divórcio, tanto para os casamentos civis quanto para os católicos (PINHEIRO, 2015). Verifica-se, novamente um avanço na matéria legal divorcista.

Como o Código Civil de 1966, em sua versão original, não previa a possibilidade de divórcio aos casamentos católicos e, para o casamento civil, o divórcio era facultativo, como consequência da Concordata de 1940, outra reforma legislativa era necessária.

Neste contexto, “em 1977 verifica-se a Reforma do Código Civil, que estabelece os traços essenciais do regime que vigorará em Portugal durante mais de 30 anos” (PINHEIRO, 2015, p. 621). Há de se observar, para melhor compreensão do tema aqui proposta, que em 1910, após a Proclamação da República, Portugal passou a admitir somente o casamento civil, deixando de atribuir afeitos civis ao casamento religioso, que se manteve até a assinatura da Concordata em 1940.

Na referida reforma se consagrou duas modalidades de dissolução do vínculo matrimonial, o divórcio por mútuo consentimento e o divórcio litigioso. Na primeira hipótese havia a necessidade de convergência das vontades dos cônjuges, o que bastaria, já que sendo o casamento um contrato, o divórcio seria um distrato. (COSTA, 2005). Já a segunda hipótese seria o divórcio litigioso que “pode ser

decretado com fundamento em causas subjetivas (violação grave de deveres conjugais) ou em causas objetivas (v.g., separação dos cônjuges)”. (COSTA, 2005, p. 90).

Para finalizar esta pequena, mas importante regressão histórica do divórcio há de se mencionar que entre 1977, época da reforma do Código Civil de 1966 e 2008, o regime do divórcio foi alterado três vezes, sendo que a alteração mais relevante ocorreu posteriormente com a entrada em vigor da Lei n°. 61/2008 de 31 de outubro.

Após a referida lei, manteve-se a dicotomia entre divórcio litigioso e o divórcio por mútuo consentimento dos cônjuges, permitindo que o divórcio por mútuo consentimento pudesse ser requerido pelos cônjuges a qualquer tempo junto ao conservador do registro civil, a quem a lei atribuiu a competência para a análise e decretação do divórcio consensual, mas desde que haja acordo entre os cônjuges, inclusive quanto aos efeitos do divórcio.

Mas, o mais relevante é que a Lei 61/2008 introduziu um regime muito mais simplificado de dissolução do vínculo matrimonial, sistema este baseado “pura e simplesmente na manifestação de vontade dos cônjuges e no princípio da liberdade contratual, continuando a permitir a livre revogabilidade do contrato celebrado” (LEAL, 2005, p. 7), contrato esse o casamento.

2.2 Conceito e Natureza jurídica

Com relação ao conceito e à natureza jurídica do divórcio não há como se distanciar do conceito e da natureza jurídica do casamento, pois o divórcio, como vimos, nada mais é do que uma forma de dissolução, ainda em vida, do casamento. É, portanto, uma opção dos cônjuges para colocar fim ao casamento fracassado. Neste sentido e contexto, podemos definir o divórcio “como a dissolução do vínculo conjugal, declarada pela via legal, operada em vida dos cônjuges”. (MEDINA, 2013, p. 292).

Verifica-se, então, que o divórcio é a única forma de dissolução do vínculo de

casamento quando ainda estão vivos os cônjuges, já que se contrapõe à outra forma de dissolução legal do casamento que é a morte de um dos cônjuges, conforme artigo 1788 do Código Civil Português.

O fato é que o casamento, independente da classificação ou da sua natureza jurídica é um fenômeno humano, e como tal, pode no transcurso do tempo chegar às situações que levam os cônjuges a constatarem a necessidade de dissolução do vínculo, ainda que alguns doutrinadores admitam o vínculo do casamento indissolúvel (MEDINA, 2013).

O divórcio é, assim, o corolário do facto de uma matrimónio ter deixado de funcionar como tal, deixando de servir o fim social para que foi instituído. Há mesmo quem diga que o divórcio mais não é do que a «*certidão de óbito*» de um casamento que deixou de ser. (MEDINA, 2013, p. 297).

Dentro da perspectiva de que o casamento é um fenômeno social e de relevância do ponto de vista sociológico, é por este motivo regulado pelo Direito, não seria diferente com relação do divórcio.

Assim, como contrato celebrado entre duas pessoas com objetivo de comunhão plena de vida, pode e deve ser extinto quando o seu objetivo não é concretizado no mundo dos fatos. Tal concretização pode advir de fatores diversos até mesmo sobre os quais não detém interferência a força humana, ou até mesmo por fato simples como o mero fim da *affectio maritalis* ou até mesmo a inobservância grave de um dos deveres do casamento.

A questão é que, assim como ocorre em outros contratos, a vontade dos contratantes livre e autônoma, devem permanecer sob pena de se ferir de morte os princípios da dignidade humana e da autonomia da vontade. Se o projeto de vida comum fracassou, não pode o Estado impor aos cônjuges a obrigação de permanecerem casados ao frágil argumento de se tentar defender a instituição familiar.

alteração é significativa e para lá de salutar, pois atende ao princípio da liberdade e respeita a autonomia da vontade. Nada, absolutamente nada justifica impor a alguém a obrigação de manter-se casado. Nem as obrigações decorrentes do poder familiar exigem que os pais vivam sob o mesmo teto, muitas vezes em um clima de tanta beligerância muito mais nocivo aos filhos. [...] (DIAS, 2016).

Por fim, abstraindo da concepção católica do casamento, deve-se ressaltar a existência da autonomia da vontade que vinculou os nubentes quando na aquisição do casamento. Não se podendo olvidar que se os nubentes eram livres para escolher contratar e com quem contratar, melhor dizendo, se eram livres para escolher casar e com quem casar, também devem ser livres para no divórcio decidirem distratar, principalmente quando houve a quebra da *affectio maritalis*.

Fato é que “não está em causa a dissolução de um (qualquer) contrato. Este contrato é o casamento. Cujas a importância a nível das funções de base da sociedade” (CAMPOS, 2008, p. 277) não se pode deixar de reverenciar.

Mas, mesmo considerando a importância do casamento como fundamento de um dos pilares da sociedade, pilar este chamado família, não se pode deixar de mencionar que o aspecto social da família, de fato relevante, não pode se sobrepor à dignidade da pessoa humana, à sua autonomia da vontade dos cônjuges. Não se pode permitir tamanha ingerência do Estado na esfera jurídica dos cônjuges a ponto de negar-lhes o distrato (divórcio) ao fundamento de que se mostra necessário a defesa da família.

Por tais fundamentos é que defendemos que o divórcio possui natureza jurídica de distrato, já a sua função ou o seu objetivo é colocar fim a uma relação que se iniciou pelo casamento, que indubitavelmente é um contrato, ainda que tenha feições ou aspectos específicos e especiais, como a injunção dos seus efeitos.

2.3 Efeitos do divórcio

O principal efeito do divórcio seja ele por mútuo consentimento dos cônjuges ou sem consentimento de um dos cônjuges é a extinção do vínculo matrimonial,

efeito semelhante ao que ocorre com a morte de um dos dois cônjuges. Neste aspecto há de se ressaltar que somente o divórcio pode colocar fim ao vínculo do casamento no âmbito civil, diferentemente da separação de bens e pessoas, ainda admitida no Direito Português, por força do disposto nos artigos 1794 e seguintes do Código Civil.

Este principal efeito é extraído do artigo 1788 do Código Civil português que diz que o divórcio dissolve o casamento e tem juridicamente os mesmos efeitos da dissolução por morte.

Neste sentido se faz necessário diferenciar os efeitos do divórcio, previsto nos artigos 1788 e seguintes do Código Civil português, dos efeitos da separação de bens e pessoas constante do 1794 cujo os efeitos estão previstos no artigo 1795.

A separação de bens de pessoas era muito utilizada, já que admitida, antes da proclamação da República Portuguesa, quando ainda no período monárquico, sob a pesada influência da Igreja Católica, não se concebia qualquer fórmula de dissolução do vínculo matrimonial, apenas era prevista a separação de pessoas e bens.

A separação de bens e pessoas, nos termos do artigo 1795º do Código Civil não coloca fim à sociedade conjugal, ou seja, não dissolve o vínculo do casamento, que permanece existente, mas a separação extingue os deveres matrimoniais de coabitação e assistência, bem como, embora ausentes da previsão legal, os deveres fidelidade e os efeitos do regime de bens.

Assim, a principal diferença entre separação e divórcio se consubstancia no fato de que a separação não tem o condão de produzir o efeito de dissolver o vínculo matrimonial, enquanto que o divórcio sim.

As crises menos graves da relação matrimonial, pessoais ou patrimoniais, podem implicar uma modificação dessa relação matrimonial, no sentido do seu afrouxamento.

Advirão a simples separação de bens, e a separação de pessoas e bens. A separação de bens afecta os aspectos patrimoniais do casamento, extinguindo a maior parte das relações patrimoniais entre os cônjuges. A separação de pessoas e bens também se estende ao aspecto pessoal, extinguindo ou afrouxando as relações pessoais

entre os cônjuges (CAMPOS, 2008, p. 265).

Assim, como visto pelas palavras do mestre Diogo Leite de Campos a separação de bens ou de bens e pessoas não extingue o vínculo matrimonial, mas apenas gera a extinção ou afrouxamento de alguns efeitos patrimoniais ou pessoas do casamento, bem como alguns deveres impostos os cônjuges.

Diferentemente, como já dito, como o divórcio coloca fim ao vínculo matrimonial é fato que como consequência “dissolvido o casamento, devem extinguir-se todas as relações entre os cônjuges, quer pessoais quer patrimoniais”. (CAMPOS, 2008, p. 303).

Deste modo, além da extinção do vínculo matrimonial, cessam também, como ocorre na separação de pessoas e bens, os deveres conjugais advindos de modo injuntivo com a celebração do casamento, tanto os pessoais, tais como os deveres de coabitação, fidelidade e assistência mútua, quanto os patrimoniais, já que deve ser, por consequência divididos os bens comuns. A única diferente entre separação e divórcio reside no fato que o primeiro instituto não dissolve o vínculo matrimonial, apenas soluciona parte dos efeitos do casamento, enquanto que o segundo instituto, além de também colocar fim aos deveres e efeitos do matrimônio, tem por finalidade principal trazer a extinção do vínculo do casamento.

Neste contexto defendemos que a imposição de acordos prévios quanto aos efeitos do casamento como condição para a decretação do divórcio por mútuo consentimento não passa de uma interferência demasiadamente injustificada do Estado na seara da liberdade dos cônjuges, vez que como tais efeitos do divórcio são injuntivos, não há como os cônjuges deles se afastarem, sendo plenamente possível decretar o divórcio, respeitando a livre iniciativa e a autonomia da vontade para depois discutir os efeitos desta declaração de vontade, que como defendemos não passa de uma mero distrato.

Não se pode condicionar a vontade de extinção do vínculo do casamento, por quaisquer motivos que seja, a apresentação de acordos sobre os efeitos do divórcio que são plenamente distintos e autônomos, sobre ao quais, assim, como na

celebração do casamento não podem dispor os contratantes.

3 INTERVENÇÃO DO ESTADO E A AUTONOMIA DA VONTADE DOS CÔNJUGES

3.1 O princípio da Autonomia da Vontade e a Liberdade Contratual

Dentre os princípios norteadores do direito contratual a doutrina elenca, dentre os principais o princípio da autonomia da vontade. Desde o direito romano as pessoas são livres para contratar,

liberdade que abrange o direito de contratar se quiserem, com quem quiserem e sobre o que quiserem, ou seja, o direito de contratar e não contratar, de escolher a pessoa com quem fazê-lo e de estabelecer o conteúdo do contrato (GONÇALVES, 2016, p. 40).

Neste contexto podemos dizer de forma segura que o princípio da autonomia da vontade tem por base exatamente a ampla liberdade de contratar, a chamada liberdade contratual, que se consubstancia precisamente na faculdade que as partes possuem de celebrar ou não os contratos, sem qualquer interferência do Estado.

No âmbito do direito português a referida liberdade de contratar encontra fundamento positivado no artigo 405 do Código Civil que preleciona que as partes, a grosso modo, têm a faculdade de escolher livremente o conteúdo dos contratos bem como celebrar contratos diferentes e, ainda, reunir num mesmo contrato regra de dois ou mais contratos.

A autonomia da vontade se apresenta sob duas formas distintas, na lição dos dogmatistas modernos, podendo revestir o aspecto de liberdade de contratar e de liberdade contratual. Liberdade de contratar é a faculdade de realizar ou não determinado contrato, enquanto a liberdade contratual é a possibilidade de estabelecer o conteúdo do contrato. A primeira se refere à possibilidade de realizar ou não um negócio, enquanto a segunda importa na fixação das modalidades de sua realização. (WALD apud GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2012, p. 57).

O fato é que o casamento tem natureza jurídica contratual, assim como prevê

o artigo 1557 do Código Civil português, pois as partes, no caso os nubentes, possuem total liberdade de contratar e não contratar, podem escolher com quem contratar e quando contratar. Tal liberdade se concretiza por meio da autonomia da vontade dos nubentes, sobre a qual não pode intervir o Estado.

Ainda que o contrato de casamento seja solene e os nubentes não possam definir e determinar os seus efeitos, uma vez que tais efeitos são injuntivos e impostos pelo Estado, o fato é que ainda sim defendemos a tese de que o casamento é um contrato e, portanto, o divórcio, por ter como objetivo colocar fim ao vínculo do casamento, é um distrato. Em ambos os casos deve ser respeitada a autonomia da vontade e a liberdade contratual dos nubentes/cônjuges.

Embora a natureza jurídica da contratualidade do casamento possa ser colocada em dúvida pelo fato do mesmo ser um ato solene manifestado perante um funcionário do estado para se ter validade, tal fato não é capaz por si só de alterar a contratualidade do casamento, pois “apesar de a intervenção de funcionário constituir condição de existência do casamento [...] é a declaração de consentimento dos nubentes que tem o papel principal na disciplina do instituto [...], que não é portanto um acto administrativo, mas um acto de direito privado”. (PINHEIRO, 2015, p. 390).

Segundo a doutrina de Jorge Duarte Pinheiro (2015, p. 390)

a intervenção do conservador, na celebração do casamento, é similar à do notário, na celebração de uma compra e venda de imóveis: assegura a observância de uma forma especial que a lei prescreve para o ato.

Neste sentido não é a característica da formalidade, herdada do Cristianismo, que coloca a validade de celebração do casamento perante um funcionário do Estado, no caso o conservador, que vai desnaturar o carácter contratual do mesmo, pois, ainda que na presença do conservador, os nubentes não emitam a declaração livre, autônoma e convergente, não haverá casamento. O que somente vem a denotar a importância da declaração de vontade quando da celebração do casamento, o que gera, fatalmente, a sua natureza jurídica contratual.

O outro ponto em que é passível de se questionar a natureza contratual do casamento seria o fato de os nubentes não poderem escolher os efeitos de tal ato. Mas tal afirmação ou posicionamento também não se sustenta, pois se os cônjuges são adultos livres e responsáveis, portanto portadores de autonomia da vontade, “dependerá deles, não da lei, determinar se querem contrair matrimônio e quando o querem extinguir” (CAMPOS, 2008, p. 277) e, uma vez emitida a declaração de vontade, requisito essencial do casamento, os contraentes ficam sujeitos aos efeitos legais.

Isto é autonomia da vontade, princípio basilar da teoria contratual, ainda que se defenda, como alguns, que o contrato de casamento não é um contrato típico com efeitos patrimoniais.

Desse modo, melhor considerar o casamento como um negócio jurídico bilateral sui generis, especial. Trata-se, portanto, de um negócio híbrido: na formação é um contrato, no conteúdo é uma instituição. Nesse sentido, Sílvio de Salvo Venosa ensina: “Em uma síntese das doutrinas, pode-se afirmar que o casamento-ato é um negócio jurídico bilateral; o casamento-estado é uma instituição” (TARTUCE, 2014, p. 58).

Poder-se-ia até mesmo dizer, com uma certa dose de ousadia, que o casamento seria a grosso modo um contrato de adesão cujas as cláusulas com os seus efeitos estão predefinidas pelo Estado, restando aos cônjuges somente a liberdade de escolher o regime de bens, como regra geral. “Mesmo sabendo que em algumas modalidades contratuais, a exemplo daquelas pactuadas sob a forma de adesão, o âmbito de atuação da vontade é sobremaneira diminuído, não podemos negar a sua ocorrência, pois, ainda assim, o aderente tem a liberdade de contratar ou não” (WALD apud GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2012, p. 57) e, ainda, de quando e com quem contratar, sobre tais aspectos principais do casamento não pode o Estado interferir, ainda que seja mediante a imposição dos seus efeitos jurídicos.

Provado que o casamento é um contrato, não resta outra alternativa que não a defesa de que o divórcio é um distrato deste contrato especial, cuja a vontade de

celebrar foi livre, na mais cristalina manifestação da autonomia da vontade personificada na liberdade contratual, de contratar ou não contratar.

Deste modo, entendido como distrato não pode o divórcio, principalmente na modalidade por mútuo consentimento dos cônjuges, sofrer qualquer tipo de condicionante, por parte de quem quer que seja, principalmente do Estado, pois que tal interferência com a imposição de condições de requisitos para a concessão do divórcio, representa ofensa aos princípios da autonomia da vontade e liberdade contratual, o que em última análise gera uma inconstitucionalidade por ofensa ao princípio da dignidade humana, conforme artigo 1º da Constituição da República Portuguesa.

3.2 Relação entre a intervenção Estatal e a vontade dos cônjuges

Seguindo essa linha de raciocínio no sentido da caracterização do divórcio como distrato, muito tem se discutido sobre a interferência do Estado nas hipóteses de concessão do divórcio e o principal argumento para a referida intervenção ou para o não reconhecimento do divórcio seria o interesse dos filhos (CAMPOS, 2008) e a defesa da família, enquanto institucional social relevante.

O interesse dos filhos é o argumento maior contra o divórcio. A ponto de em diversos ordenamentos jurídicos, nomeadamente em Estados da Europa central e do leste, o interesse dos filhos ter podido impedir o divórcio dos pais

[...]

Mas é certo que muitos casamentos em grave crise são ainda piores para os filhos do que um divórcio. E que, hoje, legislação, juízes e a sociedade em geral, se esforçam para que, mesmo depois do divórcio, os filhos continuem a ter a assistência de ambos os progenitores". (CAMPOS, 2008, p. 277)

É o caso de Portugal, já que nos termos do artigo 1775 do Código Civil que prevê como requisito para a concessão do divórcio por mútuo consentimento a apresentação da certidão de sentença judicial que tiver regulado o exercício das responsabilidades parentais ou acordo prévio entre os cônjuges sobre tais

responsabilidade.

Fica, então o questionamento, será que manter os pais casados contra a vontade é acautelar os direitos dos filhos? É fato que a resposta é negativa. Tal manutenção obrigatória do casamento, ofende a autonomia da vontade dos cônjuges e em última análise a dignidade humana dos mesmos conforme artigo 1º da Constituição da República.

Se os nubentes possuem autonomia para casar, devem obrigatoriamente deter autonomia para descasar quando quiserem, sendo que os efeitos do casamento impostos por lei, agora se tornam efeitos do divórcio, e pela própria natureza da obrigação assumida, não podem ser relevados, mas não pode a resolução de tais efeitos ser um empecilho para o divórcio, puro e simples como mera dissolução do casamento.

No caso específico dos filhos, não é o fato da concessão do divórcio ou não que vai afastar os deveres dos genitores com relação aos filhos. Como já se defendeu anteriormente, os efeitos do divórcio são como os efeitos do casamento injuntivos, mas não podem ser condição para a decretação do divórcio.

Os efeitos que advirão do divórcio podem e devem ser discutidos em demanda cumuladas, mas como dito, o divórcio deve ser decretado de imediato (Dias, 2016), principalmente na hipótese de divórcio por mútuo consentimento dos cônjuges. A ausência de acordo ou a presença de acordos que não acautelem suficientemente os interesses dos cônjuges ou dos filhos não podem representar motivo para a não decretação do divórcio ou para a transferência do divórcio da conservatória para o tribunal. E mesmo que se tenha desacordo sobre um dos efeitos do divórcio, tal fato, por si só, não é suficiente para relevar tais efeitos, como ocorre nas hipóteses de mutua cooperação, destinação da casa de morada e sobre as responsabilidades parentais. Não é porque foi decretado do divórcio do casal, sem o acordo sobre as responsabilidades parentais que o cônjuge varão ou a cônjuge varoa deixam ser pai e mãe dos seus filhos.

Preciosas são as palavras do mestre Diogo Leite de Campos (2008, p. 290):

Dar-nos-emos conta, nas lições seguintes, dos inconvenientes da regulamentação do divórcio em Direito português. Cada cidadão casa-se quando quer e com quem quer, com ou sem maturidade e reflexão; o Estado desinteressa-se (aliás, não pode imiscuir nesta zona protegida pelos direitos da personalidade).

No caso em estudo, cujo objeto é tão somente o divórcio por mútuo consentimento dos cônjuges, basta a simples convergência da vontade de divorciar, melhor dizendo, de distratar, situação que assim como no casamento bastava a declaração de vontade livre e autônoma no sentido de querer contrair o casamento, também, no divórcio deve ser considerado como requisito a simples convergência da vontade livre e autônoma de não mais permanecer casados, ou, como já dito contratados mediante matrimônio.

Como ocorre no casamento em que os cônjuges não podem escolher os efeitos do ato por eles escolhidos, sendo os efeitos do casamento injuntivos, no divórcio também assim deve ser considerado. Ainda no âmbito do casamento mesmo que um dos cônjuges não concorde com algum efeito do casamento, seja patrimonial ou pessoal, o fato é que mesmo assim, o Estado ou a Igreja celebra o contrato de casamento, pois basta a declaração de livre manifestação de vontade no sentido de anuir com o casamento.

No divórcio deve-se aplicar a mesma solução, havendo convergência na vontade de distratar do casamento, os seus efeitos são injuntivos, tais como a assistência ao cônjuge que dela necessite, bem como com relação às responsabilidades parentais. Da mesma forma que no divórcio, assim como no casamento não há escolha, tais efeitos vão incidir, querendo ou não os distratantes.

Assim, não se torna admissível que o Estado na forma do artigo 1778 do Código Civil negue a homologação da vontade dos cônjuges mediante a concessão do divórcio e os remeta a um tribunal para que um juiz defina o que não ficou acordado.

Não se defende que não se possa transformar o divórcio por mútuo consentimento em divórcio litigioso, até porque, a transformação é quase que consequência necessária, mas a ressalva que se faz, sendo o pronto principal aqui

defendido, é que antes de remeter os cônjuges distratantes ao tribunal para a solução dos efeitos injuntivos do divórcio, pela autonomia da vontade, é de se deferir e homologar o divórcio, já que quanto a questão do distrato e da dissolução do casamento estão acordes os cônjuges.

Assim, considerando a autonomia da vontade que se relevou para a celebração do contrato de casamento é também aqui no divórcio a autonomia da vontade que deve prevalecer quanto a dissolução da sociedade conjugal.

De sorte que a previsão do artigo 1778 do Código Civil de negar a homologação da vontade autônoma e livre dos cônjuges mediante a concessão do divórcio e os remeter a um tribunal para que um juiz defina o que não ficou acordado é a mais cristalina interferência do Estado na vida privada dos cônjuges, o que ofende a autonomia da vontade e a liberdade de contratar.

O que se tornou incontestável é que a interferência desmedida do Estado na regulamentação do divórcio, impondo condições para que o mesmo ocorra representa uma desmensurada interferência na vontade autônoma e livre dos cônjuges, configurando, em última análise, até mesmo numa inconstitucionalidade, ante o princípio constitucional da dignidade humana. É que obrigar os cônjuges, já determinados a se separarem, casados, ofende a dignidade dos mesmos, pois muitas das vezes terão que conviver num ambiente até mesmo beligerante ante a negativa do Estado de lhes conceder o divórcio.

CONCLUSÃO

Analisando a história do divórcio em Portugal percebe-se uma forte interferência do Estado mediante a regulamentação das modalidades e dos requisitos do divórcio, certamente influenciado pelas doutrinas mais conservadoras que veem na intervenção estatal uma forma de defender a instituição social chamada família.

O fato é que o divórcio como visto não passa de um distrato que coloca fim ao contrato de casamento, não havendo justificativa plausível para a tamanha

interferência do Estado português na decisão dos cônjuges de colocar fim a um casamento falido, por qualquer motivo que seja, por meio de uma regulamentação legal que dificulta a concessão do distrato, ao frágil fundamento de se estar protegendo a família ou os filhos. Motivos estes que não se sustentam.

O que se tornou incontestável é que a interferência desmedida do Estado na regulamentação do divórcio, impondo condições para que o mesmo ocorra representa uma desmensurada interferência na vontade autônoma e livre dos cônjuges, configurando, em última análise, até mesmo numa inconstitucionalidade, ante o princípio constitucional da dignidade humana. É que obrigar os cônjuges, já determinados a se separarem, a permanecerem casados, ofende a dignidade dos mesmos, pois muitas das vezes terão que conviver num ambiente até mesmo beligerante ante a negativa do Estado de lhes conceder o divórcio.

Poder-se-ia até mesmo indagar que numa situação como a proposta acima podem os cônjuges optarem pela separação de bens ou de pessoas e bens, mas há de se ressaltar que, em primeiro lugar o fato da existência de diferenças quanto ao efeito da separação e do divórcio e segundo, exatamente por conta dessa diferença, é que uma vez determinados os cônjuges em dissolver o vínculo do casamento e não somente afrouxar os seus efeitos, é que não pode e não deve o Estado ingerir na referida vontade de distratar.

Negar o divórcio por mútuo consentimento dos cônjuges pelo simples motivo de não haver acordo quanto aos efeitos do divórcio ou quando o conservador constatar que tais acordos não acautelam os interesses de um dos cônjuges ou dos filhos é negar aos cônjuges distratantes a plena liberdade autônoma da vontade que permeou o contrato de casamento, ofendendo de forma desmedida a autonomia da vontade dos cônjuges.

SUMMARY

This scientific paper analyzes the concept of marriage and its legal status within the Portuguese legal system, and then, after a brief analysis story set that marriage has legal contract and as such divorce, legal institute that puts an end to

the relationship marriage also holds legal. or this is also analyzing the concept, the historical and the legal nature of divorce and then, based on the principles of autonomy of the will defend the Portuguese State to impose certain agreements as the effects of divorce intervenes in the private autonomy of the spouses, offending one basic principle of civil law, especially if we consider marriage a contract that is permeated by the free will of the spouses. The method used consisted of bibliographic research on the subject and study of specific judicial cases.

KEY WORDS: MARRIAGE. CONTRACT. FREEDOM OF CHOICE. DIVORCE. STATE INTERFERENCE.

REFERÊNCIAS

CAMPOS, Diogo Leite de. **Lições de direito de família e das sucessões**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2008.

CÓDIGO Civil e legislação complementar. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2016.

CÓDIGO CIVIL PORTUGUÊS DE 1867: aprovado pela carta de lei n°. 4 de, de 25 de novembro de 1866 [Em linha]. [Consult. 30 Mar. 2016]. Disponível em <http://www.fd.ulisboa.pt/wp-content/uploads/2014/12/Codigo-Civil-Portugues-de-1867.pdf>

COSTA, Eva Dias. **Da relevância da culpa nos efeitos patrimoniais do Divórcio**. Coimbra: Almedina, 2005.

DIAS, Maria Berenice. A PEC do casamento! [Em linha]. [Consult. 22 Abr. 2016]. Disponível em http://www.mariaberenice.com.br/uploads/a_pec_do_casamento.pdf

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo curso de direito civil: contratos, teoria geral v.4, tomo I**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: contratos e atos unilaterais**. 16. ed. V.3. São Paulo: Saraiva, 2016.

LEAL, Ana Cristina Ferreira de Sousa. **Guia prático do divórcio**. Coimbra: Almedina, 2005.

MEDINA, Maria do Carmo. **Direito de Família**. 2. ed. Lousã: Escolar Editora, 2013.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de Direito Civil**. V. 5 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

PINHEIRO, Jorge Duarte. **O direito de família contemporâneo**. 4. ed. Lisboa: AAFDL, 2015.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil: direito de família**. 9. ed. v. 5, rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014.