

ANÁLISE DO REGIME JURÍDICO DO DIVÓRCIO LITIGIOSO EM MACAU NOS ÚLTIMOS VINTE ANOS: RUPTURA IRREMEDIÁVEL E DIVÓRCIO SEM CULPA

Jiang Yiwa*

Assistente Eventual, Faculdade de Direito, Universidade de Macau

Resumo: De acordo com a lei, ambos os cônjuges têm direitos e deveres iguais dentro do casamento, que incluem os deveres de respeito, fidelidade, coabitação, cooperação e assistência, podendo qualquer dos cônjuges pedir a dissolução do casamento se o outro violar culposamente aqueles deveres. Embora a Lei da Família (Livro IV do Código Civil de Macau) de Macau não preveja, de forma expressa, o direito ao divórcio, podemos subentender esse direito pela conjugação dos artigos 25.º, 38.º e 41.º da Lei Básica de Macau que consagram o direito à liberdade de todos os cidadãos. O divórcio litigioso encontra-se regulado entre os artigos 1635.º a 1648.º do Código Civil de Macau, que prevêm os requisitos para o mesmo, a culpa de um dos cônjuges ou a ruptura da vida em comum, o que significa que se uma das partes não tiver violado os seus deveres conjugais nem se verifique qualquer outra razão como a ruptura da vida em comum devido a circunstâncias cruciais (ex.: a separação de facto por 2 anos consecutivos), a outra não pode recorrer ao divórcio litigioso para dissolver o casamento, podendo somente divorciar-se por mutuo consentimento, o que muitas vezes não se verifica. Situação esta que conflita com os princípios de uma sociedade governada pelo Direito em que a liberdade constitui um dos seus princípios basilares. Para que se constitua um sistema equilibrado, são necessárias normas que balancem tanto

* Licenciada e Mestre em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (Portugal). Doutoranda em Direito Público pela mesma Faculdade. Actualmente é Assistente Eventual da Faculdade de Direito da Universidade de Macau e também Coordenadora do Programa de Introdução ao Direito de Macau da mesma Faculdade. Principais áreas de pesquisa: Direito Ambiental, Direito Administrativo, Direito Processual Administrativo, Direito da Família, Direito das Sucessões e Direito Fiscal. Advogada inscrita em Macau. O presente artigo foi originalmente escrito em Inglês, em Agosto de 2019, com tradução para a língua portuguesa feita por Helena Lopes, estudante do Mestrado em Direito em Língua Portuguesa.

a liberdade individual, como o objectivo de protecção da instituição família.

Palavras-Chave:

Casamento; liberdade, divórcio; ruptura; divórcio litigioso; divórcio litigioso sem culpa; Código Civil de Macau; Lei Básica de Macau.

Parte I. Breve Introdução ao Regime do Divórcio Litigioso em Macau

Um provérbio tradicional chinês diz que é preferível derrubar dez templos, do que destruir um casamento. A importância atribuída aos valores familiares por detrás desta frase, constitui o alicerce fundamental do Confucionismo que defende uma forte protecção (quase obstinada e conservadora) à cultura tradicional chinesa, no que toca à relação estabelecida entre um homem e uma mulher, pelo casamento. Na verdade, o casamento enquanto sistema que consiste em estabelecer relações especiais entre duas pessoas é a personificação da emoção, dos princípios éticos¹ e da eficácia de relações jurídicas duradouras. Nas sociedades modernas regidas pela lei, o efeito directo do casamento consiste em estabelecer restrições e protecção legal aos cônjuges no casamento. Qualquer violação dos deveres legais e direitos terá as correspondentes consequências previstas na lei. Desde que observados os requisitos legais, todos têm a liberdade de contrair matrimónio. Ambos os cônjuges têm iguais direitos e obrigações. Devem amar, assistir, respeitar, cooperar e serem

1 No campo da sociologia, o relacionamento entre as pessoas pode ser dividido em relacionamento de nível primário e relacionamento de nível secundário. O relacionamento de nível primário ocorre dentro de um grupo primário, relativamente pequeno e multifuncional e é um relacionamento emocional e pessoal. A família é o grupo de nível primário mais comum. A manutenção das relações de nível primário é baseada principalmente em hábitos, costumes, ética, moralidade e consciência de grupo. Quando surgem conflitos, o processo pode não resolver o problema de forma eficaz. Mas é precisamente porque a normalidade das relações familiares geralmente depende do ajuste interno da ética e da moralidade, logo, quando a relação é constituída e dissolvida, a intervenção do poder estatal torna-se necessária apenas para regular tais relações e proteger a parte vulnerável de forma adequada. As relações de nível secundário ocorrem em grupos sociais secundários. Os membros reúnem-se para determinados fins específicos. Eles relacionam-se uns com os outros, por meio de regras e regulamentos claros. Quando surgem disputas, é mais provável que sejam resolvidas através do processo. Portanto, algumas pessoas também consideram os direitos no âmbito do direito da família (incluindo os direitos dos cônjuges) como um tipo de direito que goza de uma protecção fraca, e de difícil reparação. Vide Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira, Curso de Direito da Família, I, pp.155 ss, 4ª Edição, Coimbra Editora, 2008; Manuel Trigo, Lições de Direito da Família e das Sucessões, vol. I, pp.173 ss, Faculdade de Direito da Universidade de Macau, 2016; David Popenop, Sociology, pp.172 ss, China Renmin University Press, 1999; Zhan Wei, The Legal Philosophy of Marriage and Family Harmony, in Hebei Law Science, pp. 47 ss, 2009, n.º 5.

leais um ao outro. Uma vez casados, devem manter a integridade e harmonia do casamento. Contudo, é também inegável que, sob os princípios da igualdade e da liberdade, cada um dos cônjuges pode livremente decidir pela dissolução do casamento. A liberdade de divórcio é um princípio legal universal, adoptado pela generalidade dos países². Uma vez que rachaduras irreparáveis surgem na vida comum, nenhum dos cônjuges tem a obrigação de relutantemente preservar a relação, contra a sua própria vontade. A protecção conferida pelo direito de requerer o divórcio inclui igualmente a protecção do direito e a liberdade de cada um dos cônjuges de casarem de novo, após o divórcio.

No entanto, a liberdade não pode existir isoladamente, pois não se trata de uma liberdade pessoal e egoísta. A liberdade deve ser exercida, respeitando os limites da igualdade e da justiça³. Isto é, o limite da liberdade é a justiça. Para garantir a justiça, a liberdade nunca pode existir sem limites. Ela está sempre acompanhada de responsabilidade e limitações⁴. Portanto, por detrás da liberdade

-
- 2 Divórcio é parte integrante da relação familiar. É o casamento que cria o divórcio, com o intuito de resolver problemas da vida familiar, e todos gozam do direito de contrair novo matrimónio, depois do divórcio. Quanto aos fundamentos, procedimentos e a eficácia do regime jurídico do divórcio, parte da discussão centra-se no equilíbrio entre a liberdade, a equidade e a justiça em causa, especialmente quando a implementação do regime de divórcio sem culpa tem se popularizado gradualmente em vários países, a discussão sobre a sua relevância legal e social torna-se mais proeminente. Na sociedade moderna, pese embora poucas pessoas discordem do princípio da liberdade de divórcio, há diferentes opiniões sobre se e como limitar tal liberdade. Ver Yang Da Wen, *Marriage and Family Law*, China Renmin University Press, 2001; Xia Yin Lan, *Research on Divorce Equity Mechanism*, in *Journal of China Women's College*, Volume 16, N.º 5, 2004, pp. 30 ss; *Freedom and Restriction of Divorce*, China University of Political Science and Law Press, 2007; *The American Modern Marriage and Family System*, China University of Political Science and Law Press, 1999; Zhang Xian Yu, *The Evaluation and Enlightenment of the Reform of Contemporary Foreign Divorce Law*, in *China Legal Science*, N.º 3, 1991, pp. 106 ss; William Josiah Goode, *The Change Of Divorce Patterns Around The World* (translated by Chen Yi Jun), in *Sociological Research*, N.º 3, 1993, pp. 105 ss; *And Family Sociology* (traduzido por Wei Zhang Ling), Laureate Press, 1988.
 - 3 Ver Edmund Burke, Chiang Ching, Wang Rui Chang, *Freedom and Tradition*, traduzido por Wang Tian Cheng, Laureate Press, 2004, pp. 113 ss. Ao mesmo tempo, sob a premissa de garantir que cada indivíduo possa gozar do direito de liberdade e da igualdade, os fortes têm a responsabilidade de dar aos fracos uma compensação básica, para que tenham a oportunidade de participar na competição social. Apenas quando os princípios da liberdade e da diferença são combinados, podemos dizer que uma sociedade é justa. Veja John Rawls, *Justice Theory*, traduzido por Li Shao Jun, Du Li Yan, Zhang Hong, Laureate Press, 2003 (Ver através: iRead eBooks).
 - 4 Friedrich August Von Hayek apontou que a responsabilidade é parte integrante da liberdade, o que pode ajudar as pessoas a determinar os deveres e, portanto, determinar se a sanção é aplicável ou não, o que constitui uma limitação à liberdade de acção das pessoas. Ver Hayek, *Principle of Free Order* (volume 1), traduzido por Deng Zheng Lai, SDX Joint Publishing

de divórcio, ainda existem pressupostos legais que precisam ser preenchidos. O ponto de partida para limitar a liberdade de divórcio através da lei, é proceder à uma análise cuidadosa, especialmente quando estiverem em causa os efeitos sociais do divórcio, o direito individual absoluto de liberdade torna-se ainda mais perigoso. Por isso, o princípio contra o divórcio precipitado é basicamente o foco das leis de divórcio em quase todos os países. Quase todos os países procuram um equilíbrio entre a liberdade e o limite, conforme as suas próprias tradições jurídicas e normas sociais.

Por razões históricas, a profunda influência do Direito Português⁵ pode ser vista por toda a parte no sistema jurídico de Macau. Contudo, o Direito de Macau tem princípios e normas específicas, concebidas para se adequarem às condições locais pois, antes do regresso de Macau à China Continental, foi iniciada a reforma das leis de Macau, efectuada de forma sistemática, pelo que várias leis de Macau divergiram das de Portugal. Todavia, em termos gerais, a relação de maternidade (ou de irmandade) entre o Direito de Macau e o Direito Português é bastante óbvia. O regime legal do divórcio litigioso serve como exemplo.

O actual Código Civil de Macau entrou em vigor em 1 de Novembro de 1999. Até então, aplicava-se o Código Civil Português de 1966. Comparado com o direito pretérito, o Código Civil de Macau, após o regresso à China Continental, foi alterado para um sistema que mais se adequava à realidade de Macau. No entanto, no que toca ao regime jurídico do divórcio, não se verificou uma alteração estrutural em relação às disposições do direito pretérito. Não existe o chamado sistema de ruptura como procedimento para o requerimento do divórcio⁶ no actual regime do divórcio de Macau, onde se adopta um sistema

Company, 1997, pp. 89 ss.

5 Relativamente à história do sistema jurídico de Macau, a relação entre o Direito de Macau e o Direito Português, a sua origem histórica e situação actual, consultar António Manuel Hespanha, *Panorama da História Institucional e Jurídica de Macau*, escrito por António Manuel Hespanha, traduzido por Chao Im Peng / Cheong Weng Chon, Fundação Macau; *The Selection of Studies in Humanities and Social Sciences of Macau. History*, (Editores-in-Chief: Wu Zhi Liang, Lin Fa Qin, He Zhi Hui), Social Sciences Academic Press (China), 2010; Tong Io Cheng, *The Way Of Legal Development In Macao: Exploring The Legal Ideal Of One Country, Two Systems In the Puzzlement Of Post-Colonialism In Macao*, in *Collection Of Legal Development Seminars Of Four Places Across The Taiwan Straits In 2014*, pp. 213 ss., Institutum Iurisprudentiae Academia Sinica; Liu De Xue, *Considerações sobre as estratégias da reforma jurídica de Macau e do desenvolvimento do Direito no contexto do princípio “um país, dois sistemas”*, *Revista da Administração*, N.º 102, pp. 997 e ss., 2013; Wei Shu Jun, *From Legal Culture to Rule Of Law Culture: Changes of Macao’s Legal Culture Before and After the Return*, in *Journal of China Executive Leadership Academy Pu Dong*, Volume 11, N.º 5, pp.126 ss., 2017.

6 Antes de requerer o divórcio, o casal deve estar separado por um certo período de tempo. Somente após o período da separação, caso não houver esperança de continuar o casamento, um

de divórcio dualista, o divórcio por mútuo consentimento e o divórcio litigioso, que estão em conformidade com o disposto no Código Civil Português^{7 8}. Os

dos cônjuges pode requerer o divórcio. O período de separação funciona, neste sistema, como fundamento do pedido de divórcio.

- 7 Código Civil Português (versão chinesa), traduzido por Tong Io Cheng etc., Peking University Press, 2009; e: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=775&tabela=leis.
- 8 No passado, o divórcio foi proibido por gerações. O Catolicismo proibiu o divórcio em muitos países, ou forçou o governo a repeti-lo quando as políticas do governo. A lei portuguesa não permitia o divórcio até 1910. O Código Civil Português de 1867 apenas permitia a divisão de tarefas entre marido e mulher. Somente em 1910 o regime de divórcio foi introduzido. (Ver Diário do Governo, n.º 26, de 4 de Novembro de 1910, a lei do divórcio promulgada em 3 de Novembro, que foi considerada a lei do divórcio mais liberal daquela época. Paralelamente, Portugal tornou-se também o segundo país a permitir o divórcio consensual em 1910 no continente europeu, após a Noruega (1909). Embora este regime tenha sido criticado como retrógrado em 1940, por causa da imposição de que o casamento católico não podia ser dissolvido, o facto é que em 1910 o sistema foi um pioneiro. A Lei do Divórcio Portuguesa de 1910 permitia que o divórcio fosse requerido por factores subjectivos ou objectivos. Caso se tratasse de um factor subjectivo, era necessário identificar o cônjuge culpado, por adultério, ofensa grave, abandono da casa de morada da família por não menos que três anos, etc. O pedido de divórcio podia ser feito a qualquer momento após o casamento e não havia exigência legal da duração mínima do casamento ou do tempo mínimo de separação, mas o demandante devia requerer a regulação do exercício do poder parental para os filhos menores. Pelo contrário, se a base do divórcio litigioso fosse um factor objectivo, não era necessário identificar a culpa. Por exemplo, o facto de um dos cônjuges se separar por dez anos consecutivos com o consentimento do outro, ou não ter notícias há pelo menos quatro anos. Neste caso, a possibilidade de intentar a acção de divórcio era mais restrita do que no anterior e exigido um tempo mínimo de duração do casamento. O Código Civil Português, promulgado em 1966, manteve a previsão de que o casamento religioso não podia ser dissolvido, após a alteração do Código Civil em 1940. Ao mesmo tempo, eliminou os factores objectivos dos fundamentos da dissolução do casamento civil. Passou a permitir que o divórcio fosse requerido apenas por factores subjectivos claramente prescritos pela lei. É um típico sistema de divórcio sanção. Esta situação perdurou até à promulgação do Decreto n.º 261/75, de 27 de Maio de 1975, que reabriu a porta ao processo de divórcio por motivos objectivos e passou a permitir a dissolução dos casamentos católicos. Dois anos depois, o Código Civil Português de 1966 foi submetido a outra reforma (Reforma de 1977, DL n.º 496/77, de 25 de Novembro) e mais uma vez acolheu os factores objectivos e subjectivos como fundamentos para requerer o divórcio. Em 1998, após a promulgação da Lei n.º 47/98, o tempo limite para intentar a acção de divórcio foi alargado. Ao mesmo tempo, foi consagrado que o divórcio deveria ser declarado no processo de divórcio se o réu não tivesse imposto qualquer objecção e a separação de facto tivesse durado um ano. De facto, desde a Reforma do Código Civil em 1977, tem havido uma tendência para diminuir o “divórcio de drama/tragédia” em Portugal, o que evidencia a importância de factores objectivos no processo de divórcio. Com a influência e referência dos sistemas jurídicos de outros Países Europeus e a convergência e substituição de várias teorias no âmbito do Direito Civil Português, a Lei n.º 61/2008, promulgada em 2008, finalmente acolheu o regime de divórcio sem culpa. Cf. Eduardo dos Santos, *Do Divórcio, Suas Causas, Processo e Efeitos*, 2ª Edição, ELCLA, Almedina & Leitão, Lda., 1998, pp. 61 ss;

mesmos consistem igualmente nos dois regimes paralelos de divórcio comumente adoptados pela maioria dos países. Por uma questão de limitação do tema e do espaço, o presente artigo debruça-se principalmente sobre as questões jurídicas relativas ao divórcio litigioso.

Tradicionalmente, o modelo de divórcio em Portugal e em Macau pode ser caracterizado em três modalidades: 1) modelo sanção; 2) modelo ruptura do casamento⁹ e 3) modelo remédio; e, cada modelo tem seus próprios defensores¹⁰.

A culpa é a palavra-chave no modelo de divórcio-sanção. Em geral, acredita-se que o divórcio é a sanção pela culpa de um dos cônjuges. É uma sanção imposta pela lei ao cônjuge culpado, pela violação culposa dos deveres conjugais. O objectivo desta sanção é penalizar a parte culpada e proteger os direitos e interesses legítimos da outra parte, através do processo de divórcio. De acordo com esta teoria, como penalização ao cônjuge culpado, o divórcio litigioso só pode ser interposto pela parte não culpada.

O segundo modelo é o modelo de divórcio-constatação da ruptura do casamento. Segundo esta teoria, o foco do processo de divórcio não são as palavras e os comportamentos dos cônjuges, mas sim o facto de ambos os cônjuges estarem na situação de impossibilidade de manterem o casamento e a vida em comum estiver terminada. Esta situação pode ser causada por qualquer um dos cônjuges ou, em alguns casos, pelo cônjuge que requer o divórcio. Ou seja, não importa qual dos cônjuges é responsável ou se há culpa, o único factor objectivo a ser considerado no processo de divórcio é a impossibilidade de manter a vida em comum. Entretanto,

Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira, Curso de Direito da Família, Vol. I, 4ª Edição, Coimbra Editora, 2008; Maria Clara Sottomayor e Maria Teresa Fêria de Almeida, E Foram Felizes Para Sempre? Uma Análise Crítica do Novo Regime Jurídico do Divórcio, Coimbra Editora, 2010, pp. 92 ss..

9 Em Portugal, denomina-se teoria da punição (divórcio-sanção), teoria do alívio (divórcio-remédio) e teoria da ruptura do casamento (divórcio-constatação da ruptura do casamento). Outros chamam de doutrina da culpa, do propositalismo e da ruptura dos princípios legais do divórcio. Veja Tao Yi, Ming Xin, Divorce: Single Breakdown Or Mixed Doctrine, in Chinese Journal of Law, No. 6, 1999, pp. 30 ss; Xue Ning Lan, the Equity Mechanism in the Legislation of No-Fault Divorce, in China Law Network, <https://www.iolaw.org.cn/showNews.aspx?Id=12553> (10/07/2019).

10 Ver Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira, Curso de Direito da Família, Vol. I, 4ª Edição, Coimbra Editora, 2008; Jorge Duarte Pinheiro, O Direito da Família Contemporâneo, Almedina, 2016; Eduardo dos Santos, Do Divórcio, suas Causas, Processo e Efeitos, 2ª Edição, ELCLA, Almedina & Leitão, Lda., 1998; Antunes Valera, Direito da Família, Vol. I, 5ª Edição, revista e actualizada, Livraria Petrony, Lda. Editores, 1999; Fidélia Proença de Carvalho, O Conceito de Culpa no Divórcio - Crime e Castigo, em Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977, Direito da Família e das Sucessões, Vol. I, Coimbra Editora, 2004; Eva Dias Costa, Da Relevância da Culpa nos efeitos Patrimoniais do Divórcio, Almedina, 2005.

muitas vezes, tanto a nível doutrinário como legislativo, defendem que a teoria da ruptura irremediável não pode ser interpretada de forma abstracta, mas tem que se analisar concretamente factos objectivos que podem provar a “ruptura”. Assim, a adopção desta teoria significa colocar a dimensão objectiva do divórcio litigioso num ponto mais elevado, afirmando o direito de cada um dos cônjuges de buscar a felicidade como um direito individual independente, protegido pela lei. Se o cônjuge já não consegue continuar a obter a felicidade na relação conjugal, esse cônjuge tem a legitimidade de requerer o divórcio. Desta forma, qualquer um dos cônjuges pode requerer o divórcio como demandante, ainda que seja o responsável (parcial ou integralmente) pelo fracasso do casamento¹¹.

De acordo com o entendimento do modelo do divórcio-remédio, o divórcio em si não é considerado como bom, mas pode ser considerado como um acto necessário em caso de crise irreversível na vida conjugal, sendo utilizado portanto como um remédio legal para um casamento insustentável. Portanto, quando a vida em comum não é mais possível no processo de divórcio não há necessidade de identificar e sancionar a parte culpada (às vezes pode não haver sequer comportamento culposo ou parte culpada), apenas determina qual parte não é responsável pela crise e insustentabilidade da relação conjugal, principalmente para proteger a chamada “parte inocente no casamento” e para lhe conferir legitimidade para requerer o divórcio com fundamento nas palavras e comportamentos da outra parte¹². Em termos gerais, esta teoria de divórcio-remédio não é uma motivação legislativa independente e, muitas vezes, está numa posição não dominante no regime jurídico do divórcio.

Em Portugal, divórcio litigioso foi introduzido no ordenamento jurídico em 1910. Após várias alterações, a tendência mais constante consiste na eliminação das implicações trágicas do sistema. O actual regime jurídico português do divórcio litigioso foi estabelecido com base na Lei 61/2008, que introduziu modificações significativas no Código Civil Português de 1966, cujo regime do divórcio se manteve quase semelhante até a reforma de 2008. A teoria do divórcio nos círculos académicos é basicamente chamado de modelo misto do divórcio litigioso (até a alteração da lei em 2008). Face a este enquadramento histórico e dado que várias partes do Código Civil de Macau são profundamente influenciadas pelo Código

11 Ver Diogo Leite de Campos, *Lições do Direito da Família e das Sucessões*, 2ª Edição, Almedina, 2005, pp. 271 e ss.

12 As perspectivas legislativas variam de país para país. Mas, de modo geral, a teoria do remédio não é um impulso legislativo independente. Muitas vezes não desempenha um papel dominante no sistema do divórcio litigioso e a teoria da ruptura e da sanção pode coexistir ou ser independente. E na lei do divórcio dos países do sistema romano-germânico, a sanção por culpa, o remédio e a ruptura da vida em comum são as três principais razões para o divórcio. Ver Li Zhi Min (edição), *Comparative Family Law*, Peking University Press, 1988.

Civil Português de 1966, podemos também encontrar em Macau as características do denominado modelo misto.

As disposições do Código Civil de Macau relativas ao divórcio litigioso encontram-se previstas nos artigos 1635.º a 1648.º.

O artigo 1635.º (Violação culposa dos deveres conjugais) permite a qualquer um dos cônjuges requerer o divórcio com o fundamento de que a outra parte violou culposamente os deveres conjugais¹³. A acção de divórcio aqui é directamente dirigida ao cônjuge (réu) ou à parte culpada, que não tem o direito de requerer o divórcio. Portanto, a intenção original da lei é sancionar a parte culpada. Se a base legal para o divórcio litigioso é o artigo 1635.º, a “culpa por violação dos deveres conjugais” é exigida como um dos requisitos, a ser provado pelo autor, cuja falta ira conduzir à perda da acção. Portanto, a culpa tem que ser provada perante o tribunal, tratando-se como a causa legal do pedido do divórcio litigioso. Neste caso, temos um sistema jurídico de divórcio litigioso de culpa ou de responsabilidade.

Contudo, a lei também estipula que a violação deve ser grave ou reiterada, comprometendo a vida em comum do casal. Daqui se depreende que a parte sancionatória do divórcio litigioso em Macau também exige o vector objectivo da “ruptura da vida em comum”.

Além disso, o artigo 1637.º estabelece que o processo de divórcio também pode ser instaurado quando se constate uma de três situações de ruptura da vida em comum. Entre elas, a alínea b) (cônjuge ausente e sem notícias há mais de três anos) e c) (alteração das faculdades mentais do outro cônjuge há mais de três anos, sendo impossível continuar com a vida em comum devido à sua gravidade) são consideradas manifestações da doutrina do divórcio remédio no Código Civil de Macau. Na verdade, isso pressupõe que a causa do remédio é a ruptura da vida em comum. Desde que o casamento é afectado pelas razões objectivas constantes das alíneas b) e c), sendo a finalidade original do casamento e da constituição da família impedida ou destruída, é necessário socorrer as partes interessadas. Nestes dois casos, a culpa não afecta o direito de requerer o divórcio litigioso, dependendo apenas de o cônjuge que se pretende divorciar invocar o facto da ausência ou a alteração das faculdades mentais¹⁴. Mas mesmo assim existem diferenças entre os dois. A acção de divórcio com fundamento na alínea b) do artigo 1637.º inclui

13 No caso do Código Civil de Macau, os deveres conjugais não são conceitos abstractos, tendo critérios muito específicos, incluindo respeito mútuo, fidelidade, coabitação, cooperação e assistência (artigo 1533.º). Entre eles, os conteúdos dos deveres de cooperação e assistência são regulados de forma concreta (pelos artigos 1535.º e 1536.º, respectivamente).

14 De acordo com a segunda parte do artigo 1640.º, n.º 2, do Código Civil de Macau, apenas o cônjuge que invoca o desaparecimento da outra parte ou a alteração das suas capacidades mentais tem legitimidade de intentar a acção de divórcio ao abrigo desta cláusula.

a ideia de remédio como princípio fundamental e a sanção como suplementar. Se o motivo do divórcio litigioso for o desaparecimento de um dos cônjuges, sem que se saiba do seu paradeiro por mais de três anos, e existe culpa de um dos cônjuges (a causa do desaparecimento pode não estar relacionada com o cônjuge ou pode ser por culpa de um ou de ambos os cônjuges), o Tribunal deve declarar a parte culpada no julgamento do divórcio litigioso. A principal consequência de tal declaração é a de que, para o único ou principal culpado, poderia ser objecto de sanção durante a partilha de bens por divórcio¹⁵. No entanto, se o fundamento para a acção de divórcio for a alínea c) do artigo 1637.º, o Código Civil de Macau não exige a declaração da culpa¹⁶ ¹⁷, que é uma simples e pura personificação do princípio do remédio.

Além do mais, a separação de facto¹⁸ por dois anos consecutivos referida no artigo 1637.º, alínea (a) do mesmo Código é igualmente uma base legal para a ruptura da vida em comum. A separação “de facto” é um conceito legal. De acordo com as disposições do artigo 1638.º, n.º 1, entende-se que há separação de facto quando os cônjuges não mais têm comunhão de vida e ambos ou um deles não tem mais o propósito de a reestabelecer. Assim, forma-se a situação de ruptura da vida em comum dos cônjuges ao nível objectivo. Esta é geralmente considerada o principal critério para a ruptura da vida em comum nos processos de divórcio.

15 Ver artigo 1639.º, artigo 1638.º, n.º 2, artigo 1642.º, n.º 1, e artigo 1645.º do Código Civil de Macau.

16 No entanto, enquanto garante a liberdade de divórcio do demandante e o direito de reconstituir família com outras pessoas, para o réu, na acção em que é requerido o divórcio litigioso devido às alterações significativas das suas faculdades mentais, os legisladores também consideram a protecção e o equilíbrio dos direitos do mesmo. Verificamos também que o artigo 1647.º do Código Civil de Macau estabelece claramente que, se o pedido de divórcio for apresentado com fundamento no artigo 1637.º, alínea c), o requerente deve compensar a outra parte pelos danos não patrimoniais causados pela dissolução do casamento.

17 Alguns académicos acreditam que, embora que não haja requisitos para o julgamento da culpa no Código, as excepções não são necessárias. Por exemplo, a mudança séria da faculdades mentais de um dos cônjuges pode ser provocada por outro outro cônjuge. Ver Jorge Duarte Pinheiro, O Núcleo Intangível da Comunhão Conjugal, Os Deveres Conjugais Sexuais, in Colecção Teses, Almedina, Coimbra, 2004, pp. 368; Miguel Teixeira de Sousa, O Regime Jurídico do divórcio, Almedina, Coimbra, 1991, pp. 91.

18 A separação de facto ocorre quando os casais param de ter a vida comum, sem se divorciarem. Normalmente é usada como um passo inicial nos processos de divórcio, ou como um estado temporário para os casais obterem perspectivas sobre o casamento, a fim de determinar se o processo de divórcio será realizado. A separação pode ser decidida unilateralmente por um dos cônjuges saindo da casa morada da família, ou mesmo sem sair da residência, mas simplesmente deixando de ter o relacionamento de casados como anteriormente. Estar separado por um determinado período de tempo é um dos requisitos para que a separação de facto seja legalmente decretada em muitos países.

Ao mesmo tempo, ao julgar se há uma separação de facto, a lei também consagra factores subjectivos, ou seja, a intenção de não mais viverem juntos. Portanto, associa a ruptura irremediável do casamento na combinação do subjectivismo e do objectivismo (sem determinação da culpa). Obviamente é importante ressaltar que, num processo de divórcio iniciado pela separação de facto, se uma ou ambas as partes provocaram a separação de facto culposamente, o tribunal também deve declarar quem é o culpado. Conforme mencionado supra, tal declaração pode directamente conduzir à desvantagem da principal ou da única parte culpada quando se trata da partilha dos bens por divórcio.

Portanto, o divórcio por separação de facto por dois anos consecutivos pode constituir uma forma de sanção, de natureza patrimonial, para a parte culpada¹⁹. Acreditamos que as disposições legais reflectem o dualismo da ruptura irremediável do casamento no regime jurídico de divórcio de Macau. Se o artigo 1637.º, alínea a) for invocado por um dos cônjuges para requerer o divórcio com fundamento na separação de facto por dois anos, na ruptura da vida em comum e não intenção de restabelecer a comunhão, se os cônjuges, durante o processo de divórcio, não fizerem o requerimento para a determinação da culpa, ele traduz-se na doutrina da ruptura sem responsabilidade; caso contrário, é a doutrina da ruptura com responsabilidade.

Daqui se depreende que o princípio legislativo do divórcio litigioso em Macau adopta a doutrina do sincretismo (ou mista). Com três fundamentos teóricos: 1) a ruptura da vida em comum; 2) o insucesso na prossecução dos objectivos do casamento e por isso o divórcio como remédio; e 3) a violação culposa dos deveres conjugais. Isso significa que a base legal para que as partes intentem o divórcio pode ser mista, e isto está em conformidade com as leis na maioria dos países do sistema romano-germânico, tendo, no entanto, as suas características únicas em Macau.

Parte II. A Análise de Dados de Divórcio e Casos em Macau

2.1. Liberdade de Divórcio como um Princípio Básico?

No actual sistema jurídico da Região Administrativa Especial de Macau, as leis relativas ao casamento e à família incluem principalmente a Lei Básica de Macau, o Código Civil de Macau, a Lei de Bases da Política Familiar, tratados

¹⁹ De acordo com a primeira parte do artigo 1640.º, n.º 2, do Código Civil de Macau, qualquer dos cônjuges tem legitimidade para iniciar o processo de divórcio.

internacionais, entre outros.²⁰ Entre elas, a Lei Básica de Macau contem normas transversais, tipificadas e normas autónomas sobre os direitos básicos dos residentes²¹. No seu artigo 25.º, está previsto o princípio da igualdade que estipula que todos os residentes de Macau são iguais perante a lei sem discriminação. O artigo 38.º também consagra que os residentes de Macau gozam da liberdade de casamento e do direito de constituir família. Simultaneamente, o artigo 41.º prevê, em termos gerais, que os mesmos residentes gozam de outros direitos previstos e garantidos pela lei.

Não existe nenhuma disposição na lei de Macau que profiba o divórcio, contudo, significa isso que a liberdade de divórcio é um princípio básico explicitamente definido no Direito da Família de Macau? Alguns autores acreditam que, uma vez que a Lei Básica de Macau prevê claramente no artigo 38.º que os residentes de Macau têm a liberdade de contrair matrimónio e constituir família, a liberdade de dissolver o casamento decorre deste artigo. Ou seja, desde que cumpram os requisitos legais, os cônjuges que desejam se divorciar não devem ser obrigados a continuar a relação conjugal²², isto é, devem gozar da liberdade de divórcio. Ao mesmo tempo, há quem considere que o direito à liberdade previsto no artigo 72.º do Código Civil de Macau pode aplicar-se a todas as formas de liberdade em geral. Embora não haja nenhuma disposição neste artigo que regule directa e claramente o direito à liberdade de dissolver o casamento, o seu parágrafo 9.º pode ser usado como base legal do princípio da liberdade de divórcio²³. A mesma lógica pode ser utilizada para interpretar os artigos 25.º e 41.º da Lei Básica de Macau como base legal do princípio da liberdade de divórcio.²⁴

Para se livrar do relacionamento conjugal e dar ao cônjuge que não tem intenção de continuar esse relacionamento o direito de buscar a felicidade²⁵.

20 A precedência legal do Direito da Família em Macau, incluindo as alterações da precedência legal em diferentes períodos (antes e depois do Regresso à China Continental), Ver Manuel Trigo, *Lições de Direito da Família e das Sucessões*, cit, pp.30 ss.

21 Ver Jorge Bacelar Gouveia, *Direito Constitucional de Macau*, Instituto do Direito de Língua Portuguesa, Lisboa, 2012, pp. 52 ss.

22 Ver Manuel Trigo, *Lições de Direito da Família e das Sucessões*, cit., Pp.103 ss.; Xia Yin Lan, *An Analysis of the Family Law of Macao's Civil Code*, in *Perspectivas do Direito*, N.º 8, 2000, pp. 21 ss.

23 O artigo 72.º, n.º 9, do Código Civil de Macau dispõe que o direito à liberdade deverá ser ser sujeito a restrições de curto prazo, apenas voluntariamente, dependendo das razões de tais restrições.

24 Ver Manuel Trigo, *Lições de Direito da Família e das Sucessões*, cit., Pp.104 e ss.; José Alexandrino, *O Sistema de Direitos Fundamentais na Lei Básica da Região Administrativa*, CEJJ, 2013, pp. 92 ss.

25 Ver Diogo Leite de Campos, *Lições de Direito da Família e das Sucessões*, 2ª Edição, Almedina,

Vemos que o princípio da liberdade de divórcio não está directa e claramente definido na Lei Básica²⁶, no Código Civil ou outras leis de Macau. Pese embora o sistema de divórcio de Macau garanta aos residentes a liberdade e o direito de requerer o divórcio dentro de um âmbito limitado devido à existência do regime de divórcio culposo, a liberdade de divórcio não está totalmente concretizada²⁷.

Não há dúvida de que, através da alteração do regime jurídico de divórcio em diferentes períodos, podemos verificar que a expressão específica das regras de divórcio demonstrou plenamente as diferentes políticas do governo em diferentes períodos relativamente à liberdade de divórcio. A prática da liberdade de divórcio modifica-se frequentemente quando a relação entre o governo e a sociedade se altera. O governo torna isso possível ao intervir e regular as acções dos cônjuges através da lei. Porém, desnecessário se torna dizer, pois também se constata a mesma realidade em todo o mundo, que a liberdade de divórcio foi procurada, enriquecida e invocada pela maioria dos indivíduos como tipo de liberdade com importância suprema²⁸.

2.2. Análise de Dados de Divórcio em Macau

De acordo com estatísticas oficiais²⁹, a população permanente de Macau aumentou gradualmente de cerca de 300.000 no início dos anos 90 para cerca de 670.000 em 2018. Em quase 30 anos (1990 a 2018), a população duplicou (339.000 para 667.000). Em 1990, o governo registou 95 casos de divórcio, o que representava uma proporção baixa do total da população permanente na época. No primeiro ano após regresso de Macau a mãe-pátria (2000), a população total

2012, pp.104 e ss.

- 26 Com efeito, a Constituição Portuguesa estipula, no seu artigo 36.º, n.º 2, que as condições e efeitos da celebração e dissolução do casamento devem ser fixadas por lei. Embora o princípio da liberdade de divórcio não tenha sido apresentado directa e explicitamente, ele pode ser entendido de acordo com o significado revelado nas disposições legais. Na China Continental, a admissão do divórcio pela lei está também incluída no artigo 37.º da Constituição chinesa (a liberdade pessoal dos cidadãos chineses é inviolável).
- 27 Talvez seja por esta razão que os estudiosos não incluíram o princípio da liberdade de divórcio como um princípio básico do Direito da Família de Macau. Ver Manuel Trigo, *Lições de Direito da Família e das Sucessões*, cit., pp. 61 ss.
- 28 Mesmo sob a perspectiva de garantir a liberdade do casamento, a liberdade de divórcio deve ser protegida ao máximo. Pode a restrição da liberdade de divórcio, a impossibilidade de terminar a relação conjugal existente e a busca do próximo casamento ser considerada como uma restrição directa e substancial da liberdade de casamento mencionada na Lei Básica?
- 29 Ver: <https://www.dsec.gov.mo/Statistic.aspx?NodeGuid=7bb8808e-8fd3-4d6b-904a-34fe4b302883>.

permanente era de cerca de 430.000. Naquele ano, ocorreram 1.222 casamentos e 369 divórcios. Entre eles, 127 novos processos judiciais de divórcios foram instaurados neste ano e os restantes foram divórcios por mútuo consentimentos³⁰. Em 2001, a população permanente de Macau não aumentou significativamente, totalizando 436,300 mil pessoas. Houve 348 divórcios registados naquele ano, dos quais 116³¹ foram divórcios litigiosos que deram o seu primeiro passo nos Tribunais (Tribunal de Primeira Instância). Em 2004, foram registados 1.737 casamentos em Macau (162 homens e 116 mulheres recasados) e ocorreram 475 divórcios, dos quais 167 novos casos judiciais. Em 2005, Macau registou 1.734 casamentos (178 homens recasados e 149 mulheres recasadas). No mesmo ano, ocorreram 573 divórcios, dos quais 149 foram casos novos.

Até 15 de Outubro de 2013, os processos de divórcio foram conduzidos pelo juízo cível do Tribunal Judicial de Base. O Juízo Especializado de Família e de Menores só começou a funcionar em 16 de Outubro de 2013³². De acordo com os dados oficiais de 2013, o número total de casamentos foi de 4.153 (a proporção de homens e mulheres recasados foi de 13,9% e 11,3%, respectivamente, 0,9% menos e 0,7% mais que em 2012) e o número total de divórcios foi de 1.172, dentre os quais 187 novos casos de divórcio litigioso. No segundo ano após o funcionamento do Juízo de Família e de Menores (2014), a população permanente de Macau registou cerca de 640.000 pessoas e o número total de casamentos foi de 4.085 (a proporção de homens e mulheres recasados foi de 15,4% e 12%, respectivamente, um incremento de 0,2 e 0,1% em relação a 2014). O número total de divórcios foi 1.308 dos quais 231 novos casos de divórcio litigioso naquele ano. O número total de casamentos em 2015 foi de 3.719 (a proporção de homens e mulheres recasados foi de 14,1% e 11,4%, respectivamente, um aumento de 1,3 e 0,6% em relação a 2013). O número total de divórcios foi de 1.168, dos quais 212 foram novos casos de divórcio litigioso³³.

Nos últimos três anos (2016, 2017 e 2018), o número de casamentos em Macau manteve-se em cerca de 3.800³⁴ e o número de divórcios permaneceu

30 Os dados estatísticos dos casos anuais na página eletrónica dos Tribunais de Macau, Ver: <http://www.court.gov.mo/zh/subpage/statisticstjb?report=2000>.

31 Ver <http://www.court.gov.mo/zh/subpage/statisticstjb?report=2001>.

32 Veja o Regulamento Administrativo n.º 23/2013, de 15 de Outubro, https://bo.io.gov.mo/bo/i/2013/42/regadm23_cn.asp.

33 Fonte: Página eletrónica do Instituto de Estatística e Censos de Macau e de Tribunais de Macau.

34 A proporção de homens e mulheres recasados em Macau em 2015 foi de 15,4% e 12,0%, respectivamente, mais 1,3% e 0,6% em relação a 2014. Em 2016, os homens recasados (631) e mulheres recasadas (522) representavam 16,2% e 13,4% % recasados, um aumento de 0,8 e 1,4% em relação a 2015. Homens (662) e mulheres (562) representaram 17,0% e 14,5% respectivamente em 2017, um aumento de 0,8 e 1,1% em relação a 2016. Homens recasados (635)

em cerca de 30 a 40 por cento do número total de casamentos³⁵, sendo a maioria divórcios por mútuo consentimento (mais de 90 por cento do número total de divórcios). Em termos globais, os casos de divórcio em Macau continuam a aumentar, com os casos de divórcio em 2018 a aumentar dezasseis vezes mais do que em 1990. Mesmo comparando os dados de 2018 com os dados do segundo ano (2003) após o regresso de Macau quando o jogo foi legalizado, os casos de divórcio aumentaram cerca de 3,5 vezes³⁶; note-se que as estatísticas não incluem casais que estavam em processo de divórcio litigioso, ou com processo de divórcio em situação inactiva ou, aqueles que estavam separados de facto com menos de 2 anos, a esperar até chegar a 2 anos completos, para obter legitimidade para iniciar um processo de divórcio. Como podemos constatar supra, independentemente da duplicação da taxa de divórcio, os dados estatísticos também mostram que os divórcios litigiosos representam uma proporção muito baixa, pois quase 90% dos divórcios são conseguidos através do divórcio por mútuo consentimento. Porquê? Vários factores têm que entrar na explicação.

Em primeiro lugar, o processo de divórcio é relativamente simples quando ambos concordam com o divórcio, ou seja, o divórcio por mútuo consentimento. Os casais que desejam divorciar-se e reúnem os requisitos legais para o divórcio por via consensual podem dissolver o seu casamento num período relativamente curto e por meio de procedimentos simples mesmo sem recorrer ao Tribunal, poupando tempo, dinheiro, além de poder proteger ao máximo a privacidade das partes³⁷.

contabilizado por 16.5% em 2018, descida de 0,5% em relação a 2017. As mulheres recasadas (586) representaram 15,3%, um aumento de 0,8%. (Fonte dos dados: Página electrónica dos Tribunais de Macau e página electrónica do Instituto de Estatísticas e Censos de Macau).

35 Fontes dos dados: <https://www.dsec.gov.mo/PredefinedReport.aspx?ReportID=1>

36 É anotado que a liberalização do jogo trouxe oportunidades para o desenvolvimento económico de Macau, mas o trabalho intensivo e o regime de turnos exigidos pela indústria do jogo e do turismo têm um impacto directo no tempo da duração do casamento. Ao mesmo tempo, com a melhoria do nível de consumo e o aumento do custo de vida em Macau, cada vez mais mulheres em Macau aderiram ao mercado de trabalho e mais famílias com ambos os cônjuges trabalhadores. Este é também uma das razões da falta de comunicação entre marido e mulher e da contradição entre os cônjuges. Ver *People's Daily News* de 24 de Setembro de 2013 (*Marriage Attitude Changed, Divorce Rate in Macau*) <http://hm.people.com.cn/n/2013/0924/c230533-23019550.html> (01/07/2019). As estatísticas mostram que existiram 440 divórcios em Macau em 2003 e 1544 divórcios em 2018. Fonte: Página electrónica de Tribunais de Macau e Página electrónica do Instituto de Estatísticas e Censos de Macau. Além disso, acreditamos que, embora os dados oficiais sobre o divórcio estejam bem documentados, existem de certeza, casos de divórcios sem sucesso devido a dificuldades jurídicas, e os factores que levam à ruptura familiar não foram eliminados. Portanto, embora os casais não estejam autorizados a divorciarem-se nos termos da lei, eles estão numa relação de “ter sonhos diferentes na mesma cama”, em situação de separação ou conflito, que não constam nas estatísticas oficiais do divórcio.

37 Em Macau, se o marido e a mulher concordarem com o divórcio, podem recorrer ao Tribunal.

A segunda razão reside na ineficiência da via judicial. Na verdade, a ineficiência dos tribunais de Macau na resolução dos litígios não é surpreendente e este problema não poderia ser resolvido da noite para o dia. É verdade que, após o regresso de Macau, especialmente com o rápido desenvolvimento da indústria do jogo e do turismo, a estrutura económica e o ambiente social de Macau sofreram enormes mudanças, resultando num aumento substancial do número de processos judiciais e no aumento das dificuldades de julgamento. Além disso, o número de juízes é relativamente baixo, a complexidade dos casos é realidade, a forma de resolução de disputas é quase predominantemente judicial e o número de casos em atraso aumentam a cada ano. Diante de dificuldades práticas e as reclamações do público,³⁸ estabelecer processos judiciais rápidos e económicos, com base no equilíbrio entre a justiça e a eficiência, é umas das mais importantes tarefas na reforma do sistema judicial de Macau. Mas essas não são as únicas duas razões.

Além disso, a ineficiência do processo de divórcio litigioso, a aceitação de casos, o julgamento e a conclusão dos casos não têm sido promovidos de forma eficaz. Para apurar as causas, por um lado, os processos de divórcio litigioso são condicionados pela estrutura e funcionamento do próprio tribunal. Por outro lado, do ponto de vista do direito substantivo, é o próprio conteúdo do regime jurídico de divórcio não é propriamente propício para o surgimento e tratamento de litígios? Dito doutra forma, existe alguma suspeita de que as disposições do Código Civil de Macau relativas ao divórcio litigioso limitam excessivamente a liberdade de divórcio? É vantajoso para os cônjuges que se pretendam divorciar escolher a via judicial para forçar a outra parte a aceitar a dissolução do casamento? Não causará isto apenas problemas psicológicos às partes, mas também atrasará o processo de divórcio e limitará a taxa de sucesso?

A declaração de divórcio feita pela Conservatória do Registo Civil tem os mesmos efeitos que a decisão do tribunal. No entanto, apenas na ausência de filhos menores do casal, a Conservatória do Registo Civil pode tratar do divórcio. Embora a lei também estabeleça certas condições para o requerimento do divórcio por mútuo consentimento (após pelo menos um ano de casamento, o acordo deve abranger três questões principais: prestação de alimentos, exercício do poder parental e utilização da casa morada da família). No entanto, os cônjuges que se pretendem divorciar por esta via não precisam de revelar a causa do divórcio e, desde que insistam na intenção de divorciar, podem geralmente dissolver o relacionamento conjugal rapidamente e com a máxima protecção da privacidade pessoal, evitando assim a guerra prolongada. Para mais informações, consulte os artigos 1628.º a 1634.º do Código Civil de Macau.

38 Nos últimos anos, nas cerimónias de abertura de Anos Judiciais em Macau, tem-se ouvido vozes a dizer que a melhoria da eficiência dos processos judiciais deveria ser o foco da reforma judicial de Macau. Por exemplo: Discurso do Dr. Sam Hou Fai, Presidente do Tribunal da Última Instância de Macau, na cerimónia de abertura do Ano Judicial de Macau 2017-2018 (<http://www.court.gov.mo/uploads/attachment/92/pdf/1508385892rrvre.pdf>).

2.3. Casos e Análise de Divórcios Litigiosos em Macau

Com base num número limitado de casos litigiosos, o divórcio litigioso em Macau pode ser fundamentado em dois principais tipos de motivos: a culpa baseada na violação dos deveres conjugais e a ruptura da vida em comum. Este último inclui três aspectos: 1) separação de facto por dois anos consecutivos; 2) ausência sem que do ausente haja notícias, por tempo não inferior a 3 anos; e 3) a alteração das faculdades mentais do outro cônjuge, quando dure há mais de 3 anos e, pela sua gravidade, comprometa a possibilidade de vida em comum. A seguir, o foco da análise será limitada à culpa baseada na violação culposa dos deveres conjugais e a separação de facto.

2.3.1. Separação de facto: Elementos Subjectivos e Objectivos

É uma manifestação de ruptura irremediável que a separação de facto dure por mais de dois anos e que o divórcio litigioso seja requerido por via judicial. Enquanto os requisitos legais subjectivos e objectivos não forem preenchidos, como uma excepção peremptória, o tribunal não tem o poder discricionário para decidir sobre pedidos de divórcio³⁹. Sobre este ponto, não há objecções nos círculos jurídicos de Macau. No entanto, na prática existem opiniões diferentes sobre a identificação de requisitos legais do divórcio litigioso desta natureza⁴⁰.

Tomemos o acórdão n.º 457/2015 como exemplo. Em primeira instância, o autor propôs acção de divórcio litigioso contra a sua esposa (ré). A acção baseava-se no facto de que ambos estavam separados há mais de dois anos até a data da propositura da acção e nenhum deles tinha a intenção de retomar a vida em comum. No entanto, o Juízo de Família e de Menores do Tribunal Judicial de Base considerou que os fundamentos para o pedido do autor não eram válidos e decidiu considerar improcedente a acção de divórcio. Este considerou que, depois de aplicar o disposto nos artigos 1637.º a) e 1638.º n.º 1 do Código Civil de Macau, o prazo para o requerimento do processo de divórcio litigioso com fundamento na separação de facto devia ser cumprido, ou seja, a vontade de não mais terem comunhão de vida ter já existido por mais de 2 anos. Contudo, apesar de ter ficado provado no caso, que o autor esteve envolvido em relações extraconjugais com outras mulheres desde 2011, não tendo regressado para a casa morada da família desde então, o Tribunal considerou que a data da propositura da acção de divórcio (2012/11/22) é a data a partir do qual o autor mostrou que não tinha interesse em restabelecer a relação conjugal com a ré. Assim, o Tribunal Judicial

39 Ver Antunes Varela, *Direito da Família...*, cit., pp. 501 ss.

40 Principais processos de referência: Acórdãos do Tribunal da Segunda Instância n.ºs. 388/2010, 158/2011, 723/2013, 728/2014, 756/2014, 271/2015, 386/2015, 457/2015 e 267/2017.

de Base decidiu que, até ao fim do debate na primeira instância (2014/11/10), o autor estava separado da ré por menos de dois anos, e por isso os elementos subjectivos da separação de facto não tinham sido preenchidos, de modo que o Tribunal não poderia julgar procedente o pedido do autor.

O autor recorreu para o Tribunal de Segunda Instância, entendendo que a data em que contratou advogado para dar início ao processo de divórcio (assinatura da procuração em 21 de Maio de 2012) deveria ser a data em que decidiu que não estava mais disposto a manter a relação conjugal com a ré, ao invés da data em que a sua petição foi efectivamente apresentada no Tribunal de Primeira Instância (22 de Novembro de 2012). Neste sentido, o recorrente considerou que os elementos subjectivos da separação de facto já estavam verificados, requerendo a procedência do recurso interposto e, em seguida, a declaração de divórcio.

De acordo com o previsto no artigo 1638.º, n.º 1 do Código Civil de Macau, o divórcio litigioso baseado na separação de facto exige os elementos objectivo e subjectivo: o marido e a mulher já não vivem juntos e nenhum deles ou um deles tem qualquer intenção de restabelecer a vida em comum⁴¹. Mas, em casos especiais, mesmo que os casais vivam e comam juntos, se houver pouca ou nenhuma interação em suas vidas, ou apenas por causa dos seus filhos, se convivem entre si como estranhos e não têm relações sexuais, pode concluir-se que as condições objectivas para a separação de facto estão preenchidas. As razões típicas para estes comportamento são: proteger os sentimentos dos filhos menores, preocupar-se com os comentários da sociedade e dos membros da família, ser incapaz de mudar de residência devido a capacidade financeira limitada. Portanto, os elementos objectivos da separação de facto não devem ser julgados mecânica e rigidamente. É necessário fazer uma análise concreta de acordo com as circunstâncias concretas. O ponto-chave é considerar se a vida em comum como marido e mulher realmente existe (ou não existe mais).⁴²

Outro elemento da separação de facto está relacionado com a vontade subjectiva. No caso referido supra, o Tribunal de Segunda Instância não concordou com a conclusão do Tribunal *a quo* de que os elementos subjectivos envolvem sentimentos e emoções e que a vontade de viver juntos cresce gradualmente com

41 Em outro caso, por motivos de trabalho, saúde ou outros de ambos os cônjuges ou de um deles, o casal não tem vida comum, não partilha a mesa e cama, mas ainda mantém a complacência de preservar a relação conjugal. (Ver Acórdão do Tribunal de Segunda Instância de Macau n.º 635/2015: Não partilhar a mesma casa com o cônjuge por razões laborais não deve ser considerado como uma separação de facto que constitui o fundamento para o pedido de divórcio litigioso). Esta é também a razão pela qual devemos considerar os factores subjectivos na separação de facto para decidir se o divórcio pode ser interposto.

42 Ver Pires de Lima, Antunes Varela, Código Civil Anotado, Vol. IV, pp. 541; Miguel Teixeira de Sousa, O Regime..., cit., pp. 95; Eduardo dos Santos, Do Divórcio..., cit., pp.161.

o passar do tempo em muitos casos, por isso é difícil determinar com precisão um tempo. Portanto, esta determinação não deve ser muito restrita, mas sim, ser baseada nos factos gerais e, em seguida, de acordo com as regras gerais de experiência para julgar a causa do problema. Ao mesmo tempo, o elemento subjectivo deveria ser considerado como complementar. O autor/recorrente no caso supramencionado saiu de casa antes de intentar a acção de divórcio e teve casos extraconjugais com outras mulheres. Percebe-se que o autor/recorrente já não estava conectado à relação conjugal com a ré/recorrida e a vida em comum entre marido e mulher deixou de existir. Em suma, o Tribunal de Segunda Instância considerou que a lei não exigia uma intenção que durasse por, pelo menos, 2 anos de não manter comunhão com outro cônjuge para decretar o divórcio por separação de facto. Tendo em conta o facto de que a relação entre o marido e a mulher tinha na verdade terminado e que o recorrente não vivia efectivamente em comum há mais de dois anos e não tinha a intenção de continuar a vida em comum, logo, estavam preenchidos todos os elementos da separação de facto nesta acção. O pedido de divórcio do recorrente deveria ser julgado procedente e a declaração do divórcio entre o autor e a ré deveria ser proferida.

No entanto, quanto à determinação legal da separação de facto, existem algumas disputas sobre os aspectos seguintes.

Primeira questão: existe um requisito de tempo para o requisito subjectivo de “não haver mais a intenção de restabelecer a vida em comum”? O Tribunal de Segunda Instância de Macau adoptou basicamente a orientação do acórdão proferido no processo acima referido. Ou seja, os elementos subjectivos devem ser determinados com base nos factos gerais. De acordo com a regra geral da experiência, pode-se concluir se os cônjuges ou uma das partes não tem mais a intenção de restabelecer a vida em comum e a lei não exige que haja uma intenção, com a duração de mais de 2 anos, de não viver junto com outro cônjuge antes que o pedido de divórcio possa ser julgado com este fundamento. Alguns juízes portugueses até acreditam que intentar uma acção de divórcio litigioso em si significa que o requerente não tem mais a intenção de continuar o casamento. Ou seja, quando a acção de divórcio é interposta, o requisito subjectivo da separação de facto⁴³ é considerado preenchido. Também defendem que aquele requisito é, na verdade, complementar. O Tribunal de Macau também decidiu que, para o requisito da separação de facto de pelo menos dois anos, o foco do legislador era o preenchimento do requisito objectivo ao invés do elemento subjectivo.⁴⁴

43 Ver acórdão da Relação de Coimbra, de 17 de Outubro de 2006 (proc. N.º 2833- / 04.0TBFIG. C1), acórdão do STJ, de 3 de Junho de 2004 (proc. N.º 04B1564), acórdão do STJ, de 5 de Julho de 2001 (proc. N.º 1858/01), e em Macau: Tribunal de Segunda Instância n.º 158/2011.

44 Acórdão n.º 723/2013 do Tribunal de Segunda Instância de Macau.

No entanto, uma voz-contrária sustentou que os requisitos legais estabelecidos na lei não deveriam ser imediatamente ignorados. Se o acto de requerer o divórcio equivale à intenção de não querer ter vida em comum, trata-se, de facto, duma inutilização do disposto no art.º 1638.º, n.º 1, segunda parte, do Código Civil. Porque é incontestável e desnecessário provar que não existe o desejo de ter vida em comum no momento da instauração da acção. A separação de facto prevista na lei verifica-se apenas quando a vida comum não é mais sustentável e nenhuma das duas partes ou uma das partes deseja que isto dure por mais de dois anos. Porque somente desta forma pode haver razão suficiente para mostrar que não há esperança nem necessidade de mediação e a ruptura irremediável é significativa⁴⁵.

Outra questão controversa a respeito da separação de facto é: quanto ao tempo exigido dos “dois anos completos” no elemento objectivo da separação de facto, quando será o início da separação de facto? Como podemos saber a partir de que data os cônjuges já não têm vida em comum? Os estudiosos geralmente acreditam que é necessário verificar o ponto quando o conteúdo simbólico da vida em comum termina e tomar esse momento como o critério. Por exemplo, o cônjuge saiu da casa morada da família numa data conhecida e não regressou – essa data pode ser considerada o início para a ruptura da vida em comum. Além disso, para efeitos de cálculo, haverá suspensão da contagem dos 2 anos? A maioria das teorias portuguesas sustentam que, se um casal não mais têm vida em comum por um período de tempo, o cálculo do período de dois anos não tem de ser suspenso se os mesmos reunirem-se apenas por questões relacionadas com a partilha de bens ou assuntos relativos aos filhos. No entanto, se o propósito do reencontro for o de tentar continuar a sua vida em comum, o tempo de separação anterior não será eficaz no cálculo. Posteriormente, se a tentativa de conciliação falhar e os dois lados não mais viverem juntos, o tempo da separação de facto deve ser recalculado⁴⁶. A objecção considera que o tempo de tentativa de reencontro não deveria produzir efeitos para suspensão na contagem, caso contrário afetar a vontade dos casais de tentarem continuar a sua vida em comum. O efeito da suspensão só pode ser dado quando o tempo para o restabelecimento da vida em comum for real⁴⁷.

Finalmente, no que diz respeito ao requisito do tempo nos requisitos legais da separação de facto, a opinião geral é que, se, no momento do requerimento de

45 Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira, *Curso...*, cit., pp. 638; Tribunaís com o mesmo parecer, ver acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 12 de Abril de 2011 (proc. N.º 235 / 08.8TBSRT.C1).

46 Ver Francisco Pereira Coelho, *Divórcio e Separação Judicial de Pessoas e Bens Na Reforma do Código Civil*, in *Reforma do Código Civil, Ordem dos Advogados*, Lisboa, 1981, pp. 38.

47 Ver Miguel Teixeira de Sousa, *O Regime...*, cit., pp. 84 ss; Eduardo dos Santos, *Do Divórcio...*, cit., pp. 163.

divórcio, como um factor objectivo da separação de facto, o tempo (da ruptura da comunhão) não atingir mais de dois anos, o Tribunal não deverá declarar procedente a acção embora ainda haja juízes que discordam⁴⁸.

Não se encontra nenhum registo de declaração de culpa em caso de divórcio litigioso por separação de facto na página electrónica dos Tribunais de Macau, pelo que se considera que raramente a declaração de culpa é feita nestes tipos de processos. No entanto, de acordo com os artigos 1638.º, n.º 2 e 1642.º, n.º 1 do Código Civil, a declaração também pode existir. Sua principal função é determinar quem é a principal parte culposa, responsável pela separação, para os devidos efeitos na partilha de bens e a indemnização por danos⁴⁹. É importante ressaltar que não importa quem é o único ou o principal culpado, ambos os cônjuges têm legitimidade para intentar a acção judicial.

2.3.2. Violação Culposa dos Deveres Conjugais

De acordo com os acórdãos publicados na página electrónica dos Tribunais de Macau⁵⁰, existem basicamente duas questões controversas no debate sobre os casos de divórcio litigioso devido à culpa de um ou de ambos os cônjuges em violação dos deveres conjugais: É uma violação dos deveres conjugais? É uma violação culposa?

Conforme mencionado anteriormente, o artigo 1533.º do Código Civil prevê os deveres dos cônjuges, que incluem respeito, a fidelidade, a assistência, a coabitação e a cooperação. Entre eles, o dever de cooperação e da assistência são regulados por artigos no mesmo Código, enquanto que os deveres de respeito, fidelidade e coabitação também possuem critérios específicos, que não são controversos em termos teóricos, de modo que não são aqui discutidos⁵¹.

48 Os juízes do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal, nos seus acórdãos n.ºs 05B2266 e 07A297, concluíram que, por um lado, a exigência do prazo constante dos requisitos legais deve ser obedecida, por outro, o princípio da actualidade da decisão deve igualmente ser considerado, sendo este último superior ao primeiro. Portanto, o tempo que o próprio processo levar nos tribunais também deve ser incluído. Conquanto que a separação de facto tenha sido concluída por dois anos antes de ser proferida a sentença, o requisito objectivo estará satisfeito.

49 Em caso de pedido de indemnização, a lei exige que seja proposta na própria acção de divórcio (art. 1647, n.º 2, do Código Civil).

50 Os principais acórdãos de referência são: Tribunal da Segunda Instância n.º 248/2005, n.º 257/2006, n.º 158/2011, n.º 168/2013, n.º 723/2013, n.º 45/2015, n.º 270/2015, n.º 1039/2015, n.º 636/2017, e Tribunal de Última Instância, n.º 28/2011.

51 O dever de o marido e a esposa respeitarem-se mutuamente surgiu pela primeira vez quando o Código Civil Português foi revisto em 1977. Em geral, acredita-se que o mesmo contém dois elementos: positivo e negativo. Do lado positivo, significa que os casais devem tratar-se pelo menos com respeito mútuo. Se uma parte não fala com a outra, não se preocupa com os assuntos familiares ou do cônjuge e trata o cônjuge de forma indelicada, é uma violação positiva do dever

Parte III. Divórcio Litigioso sem Culpa e a Lei do Divórcio de Macau

3.1. Processo de divórcio sem culpa no Ordenamento Jurídico Português após promulgação da Lei n.º 61/2008

Historicamente, tem havido muitas discussões sobre os mecanismos e a orientação do regime jurídico de divórcio, da proibição à permissão, do autoritarismo à igualdade, do restricionismo ao liberalismo, da doutrina da culpa à doutrina da não determinação da culpa, da doutrina da responsabilidade à doutrina da não responsabilidade. Em Portugal, com o intuito de proteger plenamente a liberdade de escolha dos cidadãos, de respeitar os princípios básicos da igualdade de direitos e deveres entre os cônjuges e para adaptar ao modelo de divórcio acolhido pela maioria dos países europeus⁵², o regime jurídico de divórcio foi profundamente reformado pela Lei n.º 61/2008, aprovada em Outubro de 2008. O Projecto de Lei n.º 509/X⁵³,

de respeito. O dever de respeito negativo é entendido como a violação da integridade física ou psíquica do cônjuge. Qualquer acto impróprio que resulte na ofensa da dignidade, reputação ou imagem do cônjuge também é uma violação do dever de respeito. Ao discutir o dever de fidelidade entre marido e a esposa, algumas doutrinas defendem que a fidelidade física e psicológica deve ser incluída, enquanto que outras defendem que a fidelidade psicológica deve ser incluída no âmbito do dever do respeito. O dever da coabitação inclui partilhar a casa, a mesa e a cama. O relacionamento sexual é um factor necessário para a coabitação. O dever de assistência traduz-se no dever do marido e da esposa de prestar apoio de acordo com as respectivas capacidades e de ambos contribuírem com os encargos familiares (artigo 1536.º e 1537.º do Código Civil de Macau). O dever de cooperação refere-se ao apoio e assistência mútuos entre o marido e a esposa e à responsabilidade conjunta pela vida familiar constituída por ambos (artigo 1535.º do Código Civil de Macau).

52 Os Princípios do Direito da Família Europeus Relativos ao Divórcio e do Auxílio do Cônjuge após o Divórcio (promulgado pela Comissão Europeia de Direito da Família, instituída em 1 de setembro de 2001), publicado em 2004, é considerado como uma das fontes e fundamentação da reforma da lei do divórcio de Portugal em 2008. O documento estabelece 20 princípios, principalmente para dar orientação e promoção aos países europeus na legislação sobre o divórcio e o de questões relacionadas. Os primeiros dez princípios estão relacionados com o divórcio, incluindo o princípio da liberdade de divórcio e o modo de divórcio sem o consentimento do outro cônjuge. A Lei Portuguesa n.º 61/2008 absorve a maioria destes princípios. Ver Jorge Duarte Pinheiro, *Ideologias e Ilusões no Regime Jurídico do Divórcio e das Responsabilidades Parentais*, em *Estudos em Homenagem a Carlos Ferreira de Almeida*, Almedina, 2011; Wu Yong, *The Latest Development In The Process Of European Family Law Unification: From The Perspective Of The European Family Law Association*, in *Contemporary Law Review*, N.º 4, 2008, pp. 45 ss; *The European Family Law Principles on Divorce and Spouse Support after Divorce can be found in the following links: <http://ceflonline.net/wp-content/uploads/Principles-English.pdf> and Katharina Boele-Woelki, *Principles Of European Family Law Regarding Divorce And Maintenance between Former Spouse*, Antuérpia/Oxford, Intersentia, 2004.*

53 O Projeto de Lei n.º 509/X visa a introdução de um novo paradigma de divórcio. Uma das

que enuncia as justificativas da lei, afirma que ninguém deveria manter o casamento contra a vontade própria, após a ruptura da relação entre os cônjuges. Os motivos para a ruptura variam, incluindo a ruptura do casamento⁵⁴, tratamento injusto e desigual ou o comportamento inaceitável de um dos cônjuges para com o outro.

Portanto, mesmo que o outro cônjuge se oponha ou não tenha culpa, o cônjuge que não deseja continuar o casamento deve possuir o direito de requerer o divórcio⁵⁵.

Na verdade, é justamente por causa deste conceito básico que a reforma da lei do divórcio de Portugal em 2008 excluiu pela primeira vez o termo “divórcio litigioso” e substituiu-o por “divórcio sem consentimento do outro cônjuge”⁵⁶.

forças motrizes é a mudança conceitual. O casamento não é mais considerado como uma relação permanente ou tendencialmente permanente com base no compromisso entre duas pessoas, mas sim como um acordo relacionado com a vida entre elas com o propósito de auto-realização. Este acordo é diferente do contrato tradicional. Seu ponto de conexão está no afecto entre as duas pessoas. Se o afecto desaparecer, o casamento perderá o seu fundamento. O relacionamento matrimonial estático fica desintegrado devido ao desaparecimento da conexão emocional dinâmica entre os cônjuges e a ruptura da vida comum. Essa visão leva em consideração factores emocionais e destaca a importância de emoções para contração do matrimónio e sua preservação.

54 O termo “ruptura conjugal” é utilizado no Código Civil Português revisto em 2008 como base legal para o divórcio sem o consentimento do outro cônjuge. Estas declarações não aparecem directamente nas disposições do Código Civil de Macau nos fundamentos do divórcio, quer se trate da “ruptura conjugal” ou “ruptura emocional”. No sistema jurídico civil da China Continental, sempre houve um debate sobre se a “ruptura emocional” pode tornar-se o critério-padrão para o divórcio. Embora o artigo 32 da Lei do Casamento revista em 2001, mantenha o critério-padrão de “ruptura emocional entre marido e mulher”, e no seu n.º 3, prevê quatro situações específicas e frequentes como o exemplo de avaliar se se verifica já uma ruptura emocional da relação matrimonial. Outras causas de ruptura emocional fora da presente lei também são permitidas. No entanto, não têm faltado vozes a exigir uma alteração expressa da lei da “ruptura emocional da relação matrimonial” para a “ruptura da relação matrimonial”. A maioria dos académicos da área da Ciência Jurídico-Civil acreditam que a lei do casamento de 2001 falhou neste ponto e pedem novas reformas, o que reflete no trabalho preparatório do Código Civil Chinês. No entanto, constatamos igualmente que alguns juízes claramente se opõem ao uso da “ruptura do casamento”, ao invés da “ruptura emocional do casamento” na fundamentação do divórcio. Ver Wang Li Ren, The Divorce Criterion of “The Couple’s Relationship Has Indeed Broken Down” Can Not Be Shaken - and Discuss with Professors and Scholar Wu Chang Zhen (I). http://www.lawtw.com/article.php?template=article_content&parent_path=,1,783,&article_category_id=849&job_id=105770&article_id=45948 (2019/7/17).

55 Após a Lei n.º 61/2008, a declaração de violação dos deveres conjugais e as consequências serão julgadas pelos tribunais comuns em processos autónomos.

56 O actual Código Civil Português adoptou a nova formulação revista no seu artigo 1773.º, n.º 1: O divórcio pode ser dividido em divórcio por mútuo consentimento e divórcios sem consentimento de um dos cônjuges (antes da modificação, o divórcio podia ser dividido em divórcio por mútuo consentimento e divórcio litigioso). O artigo 1781.º também alterou o título para “Ruptura do casamento”. Mas o título da terceira secção ainda usa o termo “divórcio litigioso”. O divórcio

Pode-se constatar que a culpa já não é considerada como condição para o pedido de divórcio litigioso. O Código Civil Português, alterado pela Lei n.º 61/2008, suprime totalmente o conteúdo original do artigo 1779.º (Violação culposa dos deveres conjugais). Assim, o divórcio sem culpa foi definido⁵⁷, também pode ser dito que segue os critérios da ruptura irremediável do casamento.

Após alteração, o artigo 1781.º (Ruptura do casamento) do Código Civil Português constitui a única causa para o pedido de divórcio litigioso, que estabelece o seguinte:

Constituem o fundamento para o divórcio sem consentimento do outro cônjuge, os seguintes:

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

Por conseguinte, qualquer um dos cônjuges pode requerer o divórcio e não é necessário declarar o principal ou o único culpado durante o processo judicial de divórcio. Embora a definição e a violação culposa dos deveres conjugais ainda tenham as suas consequências legais, no que toca ao próprio processo de divórcio, se os deveres conjugais foram ou não violados ou se a violação é culposa já não influencia directamente a decisão do divórcio⁵⁸. Porque a acção judicial do divórcio

por mútuo consentimento em Portugal só pode ser requerido na Conservatória do Registo Civil, só devendo recorrer aos tribunais para o divórcio sem consentimento do outro cônjuge.

57 O Projeto de Lei n.º 509/X sustenta que o regime jurídico de divórcio sem culpa é o resultado inevitável dos movimentos de sensibilização, individualização e secularização sob influência das ideias modernas. Claro, vozes contrárias existem que se opõem fortemente a esse argumento. Alguns até criticam ferozmente. Eles entendem que o novo regime jurídico do divórcio litigioso se afasta da responsabilidade dos valores e do espírito de sacrifício. Ver Rabindranath Capelo de Sousa, *Recentes Alterações em Direito da Família*, Boletim da FDUC, Vol. LXXXIX, Tomo I, Coimbra, 2013, p.118.

58 Após a entrada em vigor da Lei portuguesa n.º 61/2008, um estudo (produzido em 30 de setembro de 2010) revelou que, embora o público tivesse várias dúvidas ou preocupações sobre a prática do divórcio sem determinação da culpa, a grande maioria dos inquiridos, especialmente os advogados, tinham opiniões positivas sobre a alteração da lei do divórcio e acreditavam que o novo regime conduzia à redução do potencial do divórcio como instrumento de enriquecimento. Além disso, de acordo com os dados estatísticos aquando da elaboração do relatório, o número

em si, já não exija determinação da culpa, o tribunal não precisa de considerar o factor da culpa ao decidir os efeitos e a eficácia do divórcio, nem existe a sanção patrimonial para a parte que seja a única ou a principal culpada.

Obviamente, isso não significa que o regime jurídico de divórcio litigioso depois da alteração legislativa de 2008 ignora completamente os efeitos patrimoniais do divórcio. De acordo com o previsto no art.º 1790.º do actual Código Civil Português, em caso de divórcio nenhuma dos cônjuges pode na partilha receber mais do que receberia se o casamento tivesse sido celebrado segundo o regime da comunhão de adquiridos. O legislador acredita que tal disposição ajuda a prevenir o divórcio como meio de enriquecimento. Ao mesmo tempo, o sistema de divisão dos bens comuns também pode observar o princípio da equidade e considerar as contribuições de ambos os cônjuges para a família durante o período de casamento⁵⁹.

Simultaneamente, o artigo 1791.º, n.º 1 do Código Civil Português prevê o seguinte:

O cônjuge perde todos os benefícios recebidos ou que haja de receber do outro cônjuge ou de terceiro, em vista do casamento ou em consideração do estado de casado, quer a estipulação seja anterior quer posterior à celebração do casamento⁶⁰. Quer isto dizer que, uma vez entrando no processo judicial de divórcio litigioso, ambos os cônjuges perdem os benefícios. A nova lei do divórcio adopta uma abordagem única, substituindo a habitual prática de sancionar o culpado no regime anterior, enquanto beneficia o cônjuge inocente.

A terceira alteração relativa aos efeitos patrimoniais do divórcio foi feita através do art.º 1676.º do Código Civil, que regula concretamente o âmbito e o conteúdo dos deveres dos cônjuges. A alteração principal produzida pela Lei n.º 61/2008 foi o n.º 2 desse mesmo artigo. Portanto, o n.º 2 do art.º 1676.º estabelecia que, se o encargo familiar suportado por um dos cônjuges excedesse a porção do encargo familiar que deveria ser suportado pelo cônjuge conforme previsto no n.º 1, presumia-se que o cônjuge renunciava ao direito de exigir a compensação

médio de acções judiciais de divórcio recém interpostas não mudou significativamente após a fase inicial da entrada em vigor da lei em comparação com os dados anteriores à alteração da lei. Ver *O Novo Regime Jurídico em Avaliação*, Editor-Chefe Boaventura de Sousa Santos, Centro de Estudos Sociais da Universidade de Coimbra, 2010.

59 Os académicos portugueses não concordam totalmente com esta parte da alteração. As principais críticas podem ser consultadas: Rita Lobo Xavier, *Recentes Alterações ao Regime Jurídico do Divórcio e das Responsabilidades Parentais*, Almedina, 2009; Cristina Araújo Dias, *Uma Análise do Novo Regime Jurídico do Divórcio*, Almedina, 2009; Amadeu Colaço, *Novo Regime do Divórcio*, Almedina, 2009.

60 O n.º 1 do artigo 1646.º do Código Civil de Macau é semelhante a este, mas a pessoa que perde os benefícios deve ser a única ou principal culpada.

da outra parte⁶¹. Com a Lei n.º 61/2008, a presunção legal foi excluída e alterada para prever que, se um dos cônjuges abandona excessivamente os seus interesses, especialmente a sua vida profissional, por causa da vida em comum, o que se pode traduzir num encargo familiar muito superior ao que deveria ser suportado pelo mesmo e conseqüentemente com prejuízos patrimoniais, o cônjuge deve ter o direito de exigir ao outro a compensação correspondente. A intenção original desta alteração reside em acolher o princípio da equidade, com ênfase nos direitos dos cônjuges que abandonam a sua carreira por causa das necessidades familiares, como a de cuidar dos filhos, dos idosos ou trabalhos domésticos. O legislador português entende que tais direitos não foram adequadamente protegidos durante o casamento, portanto quando ocorre o divórcio, a lei deve proteger a parte que sacrifica a sua carreira e interesses financeiros pela sua família, o que é equivalente a um mecanismo de compensação, para obter o equilíbrio dos direitos de ambas as partes⁶².

Outra implicação patrimonial do divórcio por ruptura está consagrada no artigo 1792.º, n.º 1, do Código Civil Português. Nos termos deste artigo, o cônjuge ofendido tem o direito de exigir compensação da outra parte, sob a natureza de responsabilidade civil e deve ser objecto dum processo autónomo. Portanto, quando o processo de divórcio está relacionado às violações dos deveres conjugais, tais violações não desempenham um papel chave na acção de divórcio em si. No entanto, após o processo de divórcio, a vítima pode, nos termos do n.º 1 do artigo 1792.º, recorrer ao tribunal e requerer compensação da outra parte no âmbito da responsabilidade civil. Esta regra é útil para estabelecer a conexão entre o processo de divórcio sem culpa e os deveres conjugais. Caso contrário, o processo de divórcio sem culpa poderá levar ao mal-entendido do público de que os deveres conjugais são fictícios. Essas novas práticas, por sua vez, levam em conta a observância dos deveres legais dos cônjuges. Por outro lado, podem também garantir que no processo de divórcio, os litígios de natureza patrimonial (intencionais ou não intencionais) não atrasem o andamento do processo de divórcio, o que contribui para a protecção efectiva dos direitos de ambas as partes.

61 O n.º 1 deste artigo estabelece que marido e mulher devem partilhar a responsabilidade de assumir os encargos da família de acordo com suas respectivas capacidades e qualquer das partes deve cumprir este dever, utilizando seus recursos para fazer face aos encargos relacionados, fazer trabalhos domésticos, cuidar e educar seus filhos. O conteúdo é o mesmo do n.º 1 do artigo 1537.º do Código Civil de Macau.

62 Embora a intenção original do legislador português seja positiva, na prática existem muitas dúvidas sobre tais alterações, especialmente o conceito da incerteza neste artigo, que não é julgado pela lei, por isso algumas pessoas a criticam por não conduzir a uma solução praticável.

3.2. Vantagens do Divórcio Litigioso sem Culpa

Algumas objecções ao divórcio sem culpa apontam que na sociedade moderna, que é cada vez mais desfavorável à manutenção do casamento, o divórcio sem culpa torna o divórcio mais fácil e deixa o cônjuge menos favorecido mais inseguro. Os direitos e deveres dos cônjuges não conseguem ser plenamente realizados, empurrando o casamento para uma situação mais frágil e o princípio de igualdade e da justiça certamente falhará.

Não concordamos com este entendimento. Sob a exigência do sistema do divórcio baseado na culpa, a determinação da culpa torna-se frequentemente o principal impedimento pelo qual o processo de divórcio não decorre com celeridade. São muitos os exemplos de homens e mulheres discutindo um contra outro no tribunal, revelando escândalos e até tentando retardar o processo. Embora os factores emocionais sejam subjectivos e difíceis de julgar, existem outros factores, além das emoções, na composição do casamento do ponto de vista jurídico e sociológico. No entanto, é inegável que os cônjuges, além de serem marido ou mulher, têm o direito de buscar a realização dos seus direitos individuais como independentes, incluindo o de buscar a felicidade e de recasarem. A aceitação do divórcio deve-se à importância atribuída ao próprio conceito de casamento. Apenas depois de uma relação conjugal insustentável ser dissolvida, pode ser possível procurar a conclusão do casamento subsequente, o que é sem dúvida alguma, legalmente protegido.

Acreditamos que as principais vantagens de remover o modelo punitivo do divórcio baseado na culpa e de substituí-lo pelo divórcio sem determinação da culpa são as seguintes.

Em *primeiro lugar*, o divórcio sem determinação da culpa pode melhor proteger os direitos de ambos os cônjuges. De acordo com a lei, se uma acção de divórcio for requerida com o fundamento na violação culposa dos deveres conjugais, apenas a vítima pode propor a acção⁶³, isto é, a parte culpada não tem o direito de requerer o divórcio. Em outras palavras, se a parte lesada não se pretende divorciar⁶⁴, o casamento vai continuar. Esta é obviamente uma situação de falha

63 Ver em detalhes o artigo 1640.º, n.º 1, parte 1, do Código Civil de Macau, bem como o artigo 1785.º, n.º 1, a primeira parte do Código Civil português antes da sua alteração em 2008.

64 A vítima sabe que a outra parte é culpada pela violação dos deveres essenciais, mas ela não deseja divorciar-se por vários motivos. Alguns deles são por causa da mentalidade retaliatória e pensam que dar o divórcio é como baixar as armas, então preferem sacrificar a sua própria felicidade em vez de dissolver o casamento falhado. Outros são porque a vítima não está disposta a enfrentar a realidade e tem medo da opinião pública ou das dificuldades após o divórcio, então prefere continuar a agir como vítima em vez de divorciar-se. Ainda outros devem-se a outros factores externos, como: filhos, pedidos dos pais e assim por diante.

legal e ética. Para os cônjuges que não pretendem continuar o casamento, não se divorciar é um desrespeito e atropelo aos seus legítimos direitos e interesses individuais, ainda que seja o cônjuge que viola os deveres conjugais. Não é sensato para a parte lesada optar por continuação da relação quando enfrenta a violação culposa dos deveres conjugais doutra parte, porque assim a parte lesada não pode reivindicar e proteger seus direitos e interesses legítimos⁶⁵.

Em *segundo lugar*, a determinação da culpa depende da verificação de diversos factores. A acusação e a defesa dos sujeitos processuais estão entrelaçadas. Provas pessoais, provas materiais e outros tipos de prova são submetidas ao tribunal para análise orgânica e complexa, com possibilidade de recurso em caso de improcedência. Tudo isso transforma o processo de divórcio num processo demorado devido à determinação da culpa, razão pela qual não só falha em garantir a realização da justiça, mas também origina a demora na decisão judicial, o que cria ainda mais a impressão negativa da ineficiência dos trabalhos nos tribunais. O divórcio sem determinação da culpa pode evitar a demora do processo e é benéfico para garantir a eficiência do processo.

Em *terceiro lugar*, nos processos de divórcio baseados na culpa, é inevitável que a psicologia do ganho e da perda faça com que o casal entre num estado de hostilidade, o que agravará o conflito e intensificará a contradição. Divórcios sem determinação da culpa podem ajudar reduzir os atritos e os conflitos.

Quarto, no processo de determinar a culpa, pode haver fraude ou adulteração das provas criadas pelos cônjuges⁶⁶, o que não contribui para a salvaguarda da integridade e dignidade dos valores do Estado de Direito. O divórcio litigioso sem determinação da culpa é propício para manter a consistência dos princípios preciosos do direito.

Quinto, a determinação da culpa é consideravelmente difícil. Na sociedade moderna de desenvolvimento acelerado, a ideia de que a ruptura do casamento é problema de uma só parte está há muito tempo ultrapassada e a interação entre os cônjuges é complexa e mutável. Não é fácil nem simples julgar a autenticidade dos factos apresentados no tribunal. Para analisar com precisão a causa e o efeito

65 O artigo 1636.º do Código Civil de Macau prevê a perda da legitimidade para pedir o divórcio em dois casos: a) Se o cônjuge tiver instigado o outro a praticar o facto invocado como fundamento do pedido ou tiver intencionalmente criado condições propícias à sua verificação; ou b) Se houver revelado pelo seu comportamento posterior, designadamente por perdão, expresso ou tácito, não considerar o acto praticado como impeditivo da vida em comum. No Código Civil português, o artigo 1780.º, que previa o mesmo conteúdo, foi revogado após alteração em 2008.

66 Por exemplo, a esposa acusa o marido de violar o dever de respeito mútuo, invocando que o marido lhe dirige palavras feias e com violência física, e a seriedade disto leva a esposa a ficar acordada a noite toda. Para todos os factos referidos, a esposa pode prová-los mentindo, fazendo falsas acusações e conspirando com outras pessoas.

por trás disso, é mais difícil ainda de determinar o correcto e o errado. Esses factores complexos podem afectar a decisão dos juízes. O divórcio litigioso sem determinação da culpa separa a dissolução do casamento da determinação da culpa, os requisitos legais exigidos pela lei são claros, o que ajuda a fazer um julgamento correcto e garantir a realização da justiça.

Sexto: Tratando-se de regular juridicamente as relações conjugais, o sistema jurídico reflecte um certo grau de incompetência que está naturalmente relacionado com a fragilidade dos direitos familiares. As regras jurídicas não podem obrigar os casais infelizes a continuarem juntos, nem pode efectivamente impedir os casados de terem relacionamentos extraconjugais. Isso também reflecte o distanciamento entre a lei na teoria e na prática que é a desvantagem do divórcio baseado na culpa e outra razão para a mais alta posição do processo de divórcio sem determinação da culpa⁶⁷.

3.3. Divórcio Litigioso sem Culpa em Macau: Possibilidade e Necessidade

Conforme em cima referido, o conteúdo do regime jurídico do divórcio de Macau é basicamente consistente com o de Portugal antes da reforma portuguesa de 2008. Por conseguinte, acreditamos que é possível e necessário introduzir o regime jurídico de divórcio sem culpa em Macau.

Alguns podem discordar argumentando que o actual regime do divórcio de Macau não é baseado unicamente na doutrina da responsabilidade, mas sim numa mistura de responsabilidade e ruptura irremediável. Desde que o divórcio causado por factores objectivos (por exemplo, separação de facto de dois anos) é decretado em Macau, não há necessidade óbvia de introduzir o divórcio sem culpa. Além disso, na questão do divórcio, se adoptarmos o regime jurídico de divórcio litigioso sem culpa, equivalente a divórcio sem limitações, este ficará totalmente liberal e pode levar a um aumento nas taxas de divórcio, o que prejudica o direito de auxílio do cônjuge feminino e divorciado e pode ter um impacto negativo sobre os filhos menores. Portanto, o divórcio litigioso sem culpa não é propício à manutenção do casamento normal e das relações familiares, não será benéfico para prevenir e punir as violações dos deveres, nem ajuda em determinar a compensação pelos danos causados pelo divórcio. Portanto, os direitos e interesses legalmente protegidos ficarão postos em causa. Mas discordamos desses argumentos.

Por um lado, numa perspectiva dos direitos e deveres, face às contradições

67 Ver Xue Ning Lan, The Legalization Process of No-Fault Divorce in The United States, in Foreign Law Translation Review, No. 4, 1998.

irreconciliáveis entre os cônjuges, um ou ambos os cônjuges não desejam manter a relação conjugal, se o relacionamento se torna insustentável e continua em conflitos e confrontações por causa da determinação da culpa, isso não é absolutamente do melhor interesse para nenhuma das partes. É bem sabido que quem escolhe divorciar-se com fundamento na culpa e violação dos deveres conjugais, geralmente está num estado de procrastinação e retaliação perpétua. No entanto, nos tribunais todos os pormenores da relação matrimonial são capazes de ser revelados e utilizados como arma na tentativa de ganhar o caso. Assim sendo e uma vez entrados nas guerras judiciais, os cônjuges tornam-se praticamente estranhos se não inimigos, longe ficarão do cumprimento dos deveres conjugais. Com o tempo, a relação entre os cônjuges só se vai deteriorar, até à decisão final do processo de divórcio, estando os direitos de ambas as partes repetidamente prejudicados.

Por outro lado, de acordo com as disposições legais no Código Civil de Macau, quando um dos cônjuges (a) pretende dissolver o casamento e buscar a felicidade depois da ruptura emocional o outro cônjuge (b) se opuser mas nem A nem B tem qualquer culpa por violação dos deveres conjugais, isso significa que A não tem legitimidade reconhecida pela lei de Macau para intentar uma ação de divórcio (artigo 1640.º, n.º 1 do Código Civil de Macau). Esta disposição parece proteger a integridade da família e o estatuto dos cônjuges, mas não é ao mesmo tempo uma violação dos direitos pessoais do cônjuge que pretende se divorciar? Para o sujeito individual de direitos, a liberdade de requerer o divórcio, o direito de buscar a felicidade e a liberdade de casar (recasamento) ficam severamente restringidas. Neste caso, como os princípios da igualdade e da justiça se manifestam? Talvez se possam contradizer que quando B se recusa a se divorciar sem nunca violar os deveres conjugais, A quer se divorciar, pode sair da casa de morada da família e provocar activamente a situação de separação de facto. Após dois anos de separação de facto, qualquer um dos cônjuges tem a legitimidade para requerer o divórcio. Portanto, acha-se que esta solução pode suprir a falta de legitimidade de acção de A e os seus direitos também ficarão garantidos. No entanto, não acreditamos que seja uma solução justa e equitativa. Conforme mencionado anteriormente, em Macau, dois anos de separação de facto é realmente um dos fundamentos para pedir o divórcio, mas a declaração de culpa ainda é possível. Imagine que, no exemplo supra, B não violou nenhum dever conjugal e não quer se divorciar, A não viola nenhum dever conjugal, mas quer, por uma questão de falta de legitimidade de intentar a acção, A pode efectivamente provocar a separação de facto, saindo da casa de morada da família e então requerer o divórcio após dois anos. Mas, precisamente porque a separação de facto é causada por iniciativa de A, B pode reivindicar a culpa de A por violação do dever de coabitação e requerer ao tribunal que o declare como o único culpado. A

sujeita-se a ser declarado como culpado a fim de se livrar da relação matrimonial onde já não pretende continuar, e está passivamente em desvantagem no processo de divórcio. Esta forma de colocar a carroça na frente dos bois é, obviamente, violadora dos princípios essenciais do Estado de Direito.

De acordo com os dados sobre o divórcio de Macau, na esmagadora maioria dos casos optou-se por divórcio por mútuo consentimento. Isto significa que a taxa de utilização de divórcios litigiosos em Macau não é elevada. Além disso, a declaração de culpa no divórcio litigioso não tem relevância prática para os cônjuges que se pretendem divorciar. Através da análise dos casos publicados, constatamos que, mesmo nos casos de divórcio litigiosos fundados na violação dos deveres conjugais, frequentemente não há culpa declarada, para não referir o facto de que quase não há declaração de culpa em divórcio litigioso com base em separação de facto. Assim, de acordo com o facto de que o divórcio baseado na culpa tem poucas hipóteses e uma baixa taxa de utilização em Macau, pode-se concluir que não há procura deste tipo de acção. Por outro lado, isso também mostra que esta forma de divórcio tem falhas e não é mais adequada para as realidades de hoje.

Segundo o entendimento das mentalidades tradicionais, o processo de divórcio não deve ser utilizado para acabar a relação matrimonial com intuito de determinar medidas sancionatórias, mas também com uma função implícita de restringir o divórcio ou afastar a ideia do divórcio. A exigência rigorosa de condições legais de requerer o divórcio pode produzir um efeito dissuasor para aqueles que levam o casamento como uma brincadeira ou se divorciam apressadamente, o que é útil para salvaguarda da integridade da família e também dos direitos e interesses das mulheres e crianças⁶⁸.

Estes conceitos incorporam uma forte cor patriarcal que gradualmente declinou na sociedade moderna de rápida mudança. Ao contrariar a relação matrimonial ou dissolvê-la, as pessoas atribuem mais importância à parte emocional dos interesses em comum e à compatibilidade sexual. A influência de factores políticos ou económicos começou a desvanecer e a contração de casamento começou a mostrar as características da livre escolha pessoal num sentido real. Embora o princípio da liberdade de divórcio não se encontre previsto expressamente na Lei Básica de Macau, uma sociedade justa, regida pela lei,

68 Argumenta-se que uma lei de divórcio muito branda permitirá às partes exercerem facilmente e realizar seu direito à liberdade de divórcio com mais facilidade, resultando na desintegração de um grande número de famílias, o que objectivamente enfraquece a protecção. Ver Wu Hong, *There Must be Limitations for Divorce*, in *Debate on the Amendment of Marriage Law* (Editor-in-Chief of Li Yin He, Ma Yi Nan), Guang Ming Daily Press, 1999, pp.131 ss.; Ma Yi Nan, *Chinese Marriage and Family Law of the 20th Century*, in *Peking University Law Journal*, No. 2, 1998.

deve garantir a liberdade de vontade dos divorciados e a liberdade de escolher e agir, atendendo aos princípios legislativos e ideias institucionais. A existência de divórcios litigiosos baseados na culpa limita gravemente a vontade, a escolha e a liberdade do cônjuge que deseja o divórcio. É uma violação tanto da justiça formal como substantiva.

A Lei do Casamento da China Continental considera o divórcio sem culpa como um princípio legislativo e garante a liberdade de divórcio como uma orientação ideológica dos actos legislativos. Ambos os cônjuges têm legitimidade para requerer o divórcio e o único requisito legal para o divórcio na acção de divórcio é a ruptura dos sentimentos conjugais. Alguns estudiosos da China Continental acreditam que a lei de divórcio excessivamente permissiva origina um grande número de casos de divórcio (que aumentam ano a ano) e que a lei de divórcio é muito inclinada para a liberdade de divórcio e contém limitações insuficientes⁶⁹. No entanto, no actual contexto social, económico e cultural, a diversificação dos conceitos morais e éticos, o enfraquecimento das funções familiares⁷⁰, a transformação da ideia de família com a orientação na ideia de direitos individuais como orientação em direitos de base individual, a introdução de conceitos contratuais de economia de mercado⁷¹, a popularização da cultura e diversificação das diferentes culturas e dos valores da liberdade e assim por diante, todos contribuem para o incremento da taxa de divórcio. Não se deve considerar unilateralmente que o sistema jurídico abre a porta para o “divórcio

69 Veja principalmente Xia Yin Lan, *Divorce Freedom and Restriction Theory*, Peking University Press, 2007, pp. 56 ss; Jiang Yue, *Introduction to Marriage and Family Law*, Science Press, 2007, pp.158 ss.

70 As famílias tradicionais têm as funções básicas de produção material, procriação e alimentação. No entanto, com a divisão cada vez mais refinada do trabalho na sociedade, várias funções da família foram gradualmente substituídas pelos serviços prestados pela sociedade, especialmente a dependência da geração mais jovem do casamento e da família foi reduzida. Ao mesmo tempo, a conotação do casamento e da família também mudou. O sexo não serve mais apenas para a reprodução e, junto com os factores emocionais, tornou-se um importante símbolo da harmonia entre marido e mulher. Referência: Li Hong Xiang, *The Value Orientation of the Construction of the Family Law System in the Civil Code of Our Country is Set Out*, in *The Social Science Front*, n.12, 2012.

71 Na economia de mercado, a lei confere status igual e protecção igual a todos os consumidores e produtores. Portanto, o conceito tradicional de marido e mulher como um todo foi gradualmente se desintegrando, enfatizando os direitos e o status do indivíduo. Ao mesmo tempo, de acordo com Maine, “o movimento da sociedade progressista, até aqui, é um movimento da identidade ao contrato.” O casamento é apenas um contrato civil que considera a essência do casamento como o entendimento do contrato, de modo que o divórcio também recebe a marca do contrato. Referência: Li Hong Xiang, *The Characteristics of the Rising Divorce Rate in China and Its Legal Countermeasures*, in *The Social Science Front*, n.º 16, 2015; Henry Sumner Maine, *Ancient Law*, translated by Gao Min and Qu Hui Hong, Jiu Zhou Press, 2007.

gratuito”, o receio de que a introdução do sistema de divórcio sem culpa levará inevitavelmente a um grande surto de divórcios é também desnecessário. Na verdade, a função do direito é refletir e regular a realidade social, não podendo ser visto como o ponto de gatilho da realidade social⁷².

Nós somos da opinião que quando uma relação matrimonial é desfeita, a vontade de um ou de ambos os cônjuges de se divorciar deve ser totalmente respeitada e a declaração de divórcio é um resultado benéfico para ambos os cônjuges. O foco da lei deveria ser mais o de garantir a justiça dos efeitos do divórcio. A fim de proteger ambas as partes, a decisão judicial sobre os efeitos do divórcio deveria ser definida num processo judicial independente, o que é mais favorável à independência do assunto e os efeitos do divórcio seriam decididos com mais ênfase.

Parte IV. Palavra-Chave do Divórcio Litigioso sem Culpa: O princípio da Equidade

Um bom regime jurídico de divórcio deveria ser algo equilibrado. Precisamos de ter em conta, além de como dissolver o casamento, também de como consolidar a relação conjugal e como proteger os direitos familiares. A liberdade é sempre um conceito relativo. A liberdade de divórcio realizada pelo divórcio litigioso sem culpa defendida neste artigo também deve ser uma liberdade condicionada. Ao introduzir o regime jurídico de divórcio sem culpa, deve-se igualmente considerar o mecanismo correspondente para garantir os direitos das pessoas envolvidas. Enquanto se realiza a justiça formal, deve-se igualmente considerar as necessidades da justiça substantiva. Portanto, é necessário formular um mecanismo razoável e equilibrado para o divórcio sem culpa, a fim de prevenir e resolver problemas pessoais e sociais decorrentes do divórcio e após o divórcio.

Nós estamos cientes de que aqueles que discordam do divórcio sem

72 O divórcio é o funeral de um casamento já morto, não a causa. Portanto, algumas pessoas até defendem uma maior ampliação da liberdade de divórcio. Pessoas acreditam que se a lei do casamento estabelecer certos procedimentos e condições para o divórcio, e aumentar ainda mais as restrições ao divórcio, será um retrocesso. Ver Tan Da Zheng, *New Culture and Law*, People's Press, 1998, pp.155 ss; Xiao Xue Hui, *Opposed Attaching Divorce Conditions To Emotional Breakdown*; Chen Xin Xin, *Opposed Restrictions On Divorce*; Xu An Qi, *The Misunderstanding in the Amendment of Marriage Law - Restriction Of Divorce and Li Yin He*, *When Amending Marriage Law, Should Be Vigilant Against Retrogression*, all in *The Controversy On The Amendment Of Marriage Law* (Editor-in-Chief of Li Yin He, Ma Yi Nan), Guang Ming Daily Press, 1999; Li Hong Xiang, Wang Chun Ying, *The Problems and Countermeasures of Marriage Law – From The Perspective of The Perfection of Family Law System*, in *Contemporary Law Review*, n.2, 2012.

culpa estão preocupados com que o divórcio sem culpa possa levar à nulidade e ineficácia das normas do respeito e observância dos deveres do marido e da mulher. Ao mesmo tempo, o cônjuge desfavorecido e os filhos menores podem perder protecção devido ao divórcio. Portanto, é necessário prestar atenção a esses problemas quando acontecer a reforma do nosso regime jurídico do divórcio.

Em primeiro lugar, é necessário estabelecer adequadamente os requisitos do divórcio que devem ser considerados em combinação com a ética, a moralidade e a legitimidade. O divórcio sem culpa não é igual ao divórcio sem qualquer fundamento. Deve ter requisitos legais. Na nossa opinião, Macau pode utilizar o sistema de divórcio litigioso sem culpa de Portugal como uma referência e adoptar a doutrina da ruptura, tendo o requisito objectivo como principal e o subjectivo como suplementar, para analisar se existe ou não ruptura da relação conjugal, a fim de tomar a decisão final de decretar ou não o divórcio.

Assim, quando se verificar algum dos seguintes requisitos a) a separação de facto por um ano consecutivo sem intenção de restabelecer a relação conjugal; b) a ausência do cônjuge, sem que do ausente haja notícias, por tempo não inferior a um ano; c) a alteração das faculdades mentais do outro cônjuge, quando dure há mais de um ano e, pela sua gravidade, comprometa a possibilidade da vida em comum, o cônjuge tem a legitimidade para intentar a acção.

De facto, uma outra premissa abstracta e generalizada da irremediabilidade pode ser acrescentada, que será a alínea d): Quaisquer outros factos que, independente da culpa dos cônjuges, mostra a ruptura definitiva do casamento.

A palavra “outro” é usada para distinguir claramente os três primeiros requisitos do último, quando a lei é aplicada. Por exemplo, os casais que estão separados há meio ano não podem requerer o divórcio, porque não cumprem o requisito de tempo, mas pode um requerer o divórcio com base em “outras razões que possam provar a ruptura do casamento” referido na alínea d)? A nossa resposta é não. Se a fundamentação usada for a de separação de facto, apenas pode ser utilizada a alínea a) para justificar a acção, não a alínea b). Caso contrário, a alínea a) ficará praticamente nula tendo só efeito decorativo. Então, exemplos da alínea d)? Por exemplo, um dos cônjuges tem casos extraconjugais, ou existe violência doméstica ou contradições irreconciliáveis entre marido e mulher sobre questões reprodutivas ou profissionais. Este método de generalização abstracta pode ser um complemento útil e necessário para tornar a lei mais adaptável à rica e mutável realidade da vida, fazendo a lei aplicável com mais flexibilidade e, ao mesmo tempo, abre-se um certo espaço ao poder discricionário, o que ajuda o juiz a tomar a decisão mais justa a partir da situação em concreto.