

ASCENSÃO E DECLÍNIO DA INSTITUIÇÃO JURÍDICA DO MATRIMÓNIO

DIOGO LEITE DE CAMPOS
Professor da Faculdade de Direito da
Universidade de Coimbra

Introdução

Situada no ponto de encontro do profano e do religioso, a ordem conjugal, enquanto fundamento da ordem familiar europeia, foi o resultado de um processo iniciado na Europa cristã no século IX e definido no século XIII.

Organizando o essencial da reprodução biológica, das trocas de pessoas e de bens, da transmissão da cultura e dos costumes, representa o enquadramento primeiro da humanização do homem. O casamento disciplinou a sociedade até ao século XIX. Constituiu o espelho na qual esta se representou e o código através do qual procurou o seu significado.

Numa primeira parte, descreverei como o matrimónio foi construído como ser e função, como foi institucionalizado. Entre o século XI e o século XIII, o casamento foi concebido como uma ordem: a ordem da procriação e a ordem da salvação. Assumia, pois, as duas funções principais e incindíveis da sociedade. Enquanto célula social, a família fundada sobre o casamento era o intermediário entre o indivíduo e a sociedade, constituindo uma micro-sociedade autónoma.

Para poder desempenhar o seu papel "civil" e espiritual, a família foi constituída a exemplo do mosteiro, modelo de perfeição de uma sociedade humana dirigida à salvação.

Uma segunda parte será consagrada ao processo de desinstitucionalização do casamento e às suas conseqüências previsíveis.

I. A Institucionalização

1. O casamento como a ordem da sexualidade: a procriação

1.1. A função da ordem conjugal: a procriação

A ordem — eis a palavra que Adalbéron de Laon associa ao casamento. A espécie humana deve sobreviver até ao Juízo Final. A função dos leigos é engendrar, fazer sobreviver a humanidade. A reprodução deve ser realizada na ordem: no quadro da conjugalidade legítima e no interior do grupo funcional (da ordem) em que Deus colocou o homem. A esta função corresponde um estado (ou uma ordem): o de cônjuge (St.^o Yves de Chartres).

Fixemos o grande princípio: o casamento é a instituição destinada a assegurar a procriação na ordem.

1.1.1. A reacção contra as tradições romana e germânica do casamento

O estabelecimento de este matrimónio, de esta ordem, representa uma reacção contra as tradições romana e germânica do casamento.

Para o direito romano, o casamento era uma relação fundada sobre a cohabitação e o consenso continuado, uma espécie de posse; um negócio privado cuja sorte só dizia respeito aos esposos. Não era instrumento de uma ordem, mas “produto” dos costumes da época.

A Igreja inverte radicalmente estas características; sublinha o papel do consenso inicial que faz nascer um *estado* cuja continuidade é independente da vontade das partes. Sendo o matrimónio um sacramento, o vínculo é indissolúvel.

Ao “mundium” germânico, concebido como um poder sobre a mulher, a Igreja substitui o acordo dos esposos fundado no

amor. A mulher deixa de ser o mero objeto da troca: torna-se o sujeito activo do consentimento que altera o seu estado.

1.1.2. *A legitimação e a construção do casamento enquanto instituição social*

A Igreja legitima socialmente o matrimónio sublinhando o seu papel social na ordem da procriação. O casamento socializa-se na medida em que responde a uma das mais importantes necessidades sociais: a da reprodução biológica (organizada). Abre-se assim a via que conduz à sua institucionalização, à sua protecção pela sociedade através do Direito. É no quadro da justificação funcional do casamento (de *um* casamento que se torna necessariamente um *certo* casamento) que se devem situar as mais importantes das primeiras obras medievais consagradas a este problema. Referimo-nos, nomeadamente, às obras de Hincmar de Reims "Do divórcio" e "Da repressão do rapto".

O discurso de Hincmar é o discurso da paz, da ordem social, que a predação destrói. Os homens procuram adquirir mulheres por meios ilegítimos. O casamento permitirá organizar a sua distribuição pacífica. O matrimónio, embora acordo dos esposos, pressupõe também a concordância das respectivas parentelas, condição da sua aceitação social, do estabelecimento da ordem. Ordem vigiada ainda de muito longe pelo bispo: embora este receba de Hincmar a missão de restabelecer a ordem material, a bênção nupcial parece ser excepção na França do século IX.

No decurso dos séculos seguintes, o casamento continua a ser assunto da pertença dos moralistas, como Bourkhard de Worms. O "Decretum" é um instrumento da sua pastoral, um guia para a conversão das almas; e não o quadro da coerção física. A Igreja não podia ir mais longe numa sociedade violenta em que o poder civil dominava o religioso. Começava-se por converter para, só mais tarde, impor as normas de conduta. Contudo, o casamento, tal como é visto por Bourkhard, é bem uma instituição social. O bispo ocupa-se antes de mais, do que perturba a paz social.

○ ○ No início do “Decretum” estão situados os casos que perturbam mais gravemente a paz: o homicídio e o incesto. Só no fim aparece a fornicção, considerada como um assunto privado de menor gravidade. O homicídio, que acarreta a vingança; o incesto, que destrói a paz interior das famílias — são mais graves do que o adultério. Quanto ao adultério com uma mulher casada, este é julgado mais severamente, por ser mais perturbador, do que a violação da fé conjugal com uma mulher celibatária. As penas variam conforme a perturbação social determinada pelo acto. O raptor de uma mulher sofre a mesma pena do homicida; as relações do celibatário com uma empregada doméstica são tratadas com a maior indulgência¹.

O terreno foi assim preparado para a acção dos juristas.

A partir do século XI o poder hierocrático encontra as condições adequadas à sua intervenção. Reforçada pela depuração da clerezia, dispondo de um aparelho administrativo importante, bem como do monopólio das representações sociais, a Igreja era o único ente depois da derrocada do império carolíngio, a poder disciplinar a sociedade.

A família torna-se uma ordem — acabamos de verificar — como ordens eram o cosmos, a cultura, a arte das catedrais, a teologia, o mosteiro, a clerezia.

Não tendo vocação para intervir directamente na “cidade dos homens” (pois o Reino de Deus não é deste mundo) a Igreja cria os instrumentos que lhe permitirão substituí-la pela “cidade de Deus”: a família é um deles.

A “Panormia” de Yves de Chartres recolheu múltiplos materiais do “Decretum” de Bourkhard. Mas St.º Yves utilizou-os segundo as novas possibilidades conferidas pela sua época. Dos escritos de St.º Agostinho, Yves conclui que o fim principal do matrimónio é o da procriação.

A regra da monogamia funda a paz familiar e a paz social. É neste momento que se põe o problema do concubinato: o homem casado não deve ter concubina. Mas se o celibatário vive com uma mulher como se fossem casados, então esta

¹ Cf. G. Duby. *Le chevalier, la femme et le prêtre*, Paris.

união/casamento é indissolúvel. “Casando” os concubinos, a Igreja recupera a marginalidade, disciplina-a, para a proibir mais tarde.

Como instrumento da ordem social — da “pax christiana” — o acto do casamento torna-se solene e público. Mesmo se é o acordo das partes que cria o vínculo é o sacramento, St.º Yves exige a presença de um padre no acto.

Esta concepção transmite-se aos textos de direito canónico que se multiplicam na época. O monopólio que o poder hierocrático obtém no que se refere à jurisdição dos assuntos matrimoniais, permite a este modelo de casamento sair dos textos para se impor na vida quotidiana.

Os clérigos não ignoram que o casamento só poderá assegurar o seu papel social se for estável. Esta estabilidade resultará do seu character sacramental, fundamento de indissolubilidade.

Até agora descrevi o casamento como estrutura (monogamia e exogamia; heterossexualidade) e função (a procriação). Mas, antes de ser função, é sacramento. A construção social do casamento decorre da sua natureza teológica. Serve um certo fim por ser um sacramento. A institucionalização do matrimónio foi realizada na lógica funcional da Igreja enquanto tal, mesmo se esta alcançou resultados sociais importantes. Os clérigos insistiram, no início, sobre a sua função social, para o fazerem compreender e aceitar por uma sociedade em que o cristianismo era só um cor de civilização.

1.2. O casamento e a ordem social: a ordem de leigo

A teoria das “ordines” foi criada pelos pensadores carolíngios a partir da parábola dos talentos e da comparação entre a Igreja e o corpo humano. Cada ordem exerce uma função precisa (“officium”) cujo cumprimento dará ao corpo social a sua coesão — fundada esta, estrutural e dinamicamente, sobre a vontade divina.

O modelo monástico, único exemplo de uma sociedade (quase...) perfeita na cidade dos homens, fornece a base desta

filosofia social. A ordem (regra) dos monges é estendida ao século, de modo a que este é posto em "ordem". A vida era regulada por regras divinas e eclesiásticas que assinalavam a cada um a sua função. No mosteiro, o abade dirige, os monges rezam, outros monges e leigos trabalham. "Qua cada um, na sua ordem, se mostre plenamente dócil aos princípios evangélicos e apostólicos, bem como aos conselhos dos Padres, e que cada um desempenhe a sua função com zelo, de acordo com a autoridade canónica, e que todos entre si guardem a paz e exerçam a santa caridade" (Leão XII, começo do século IX). Exortação que se aplica ao mesmo título, à "ordem" dos clérigos e à dos leigos.

A teoria das ordens, desenvolvida nos séculos XI e XII, alcança a concepção das três ordens inspiradas pela realidade da vida: os "oratores" que rezam; os "bellatores" que combatem; os "laboratores" que trabalham. Estas três ordens são solidárias não podendo ser separadas: os serviços prestados por cada uma permitem o trabalho das outras.

Esta concepção "sociológica" da organização social é acompanhada de uma construção "antropológica": os "rectores" (os guias), os continentos ("virgines") e os casados ("cônjuges") — ordens estas determinadas mais pelo "estado" do que pela função.

Estas duas construções fundem-se, reconstruindo-se à imagem do corpo humano. A sociedade cristã formaria um só corpo e cada ordem constituiria um membro. Honorius Augustidunensis, no seu "Elucidarium", distinguia dez "ordens" na Igreja: os prelados que eram a cabeça da Igreja; os doutores, os seus olhos, os mestres, os lábios, os soldados as suas mãos e os leigos o seu ventre.

Os casados trabalham com os ventres, escrevia St.º Yves, Gérard de Combrai (em 1025) e S. Bernardo (em 1146) insistiam sobre a necessidade do casamento, por ser o estado normal do leigo; recusá-lo abalaria a ordem desejada pela providência.

Neste via, assimilando a ordem social a um desígnio providencial, apresentando as funções sociais como dons de Deus,

os clérigos colaboraram na ordem social que se estruturava no século XI.

Contudo, a construção eclesiástica do casamento, enquanto ordem social, é realizada contra o grupo dominante da sociedade civil, os guerreiros. Estes e a Igreja têm interesses opostos. Valorização do indivíduo e exogamia, para a Igreja; interesse do grupo e endogamia, para os guerreiros. O período que vai até ao fim do século XIII é um período de afrontamento.

Os compromissos foram difíceis. O acordo dos pais, pressuposto de aceitação social do casamento, foi exigido. Os esposos devem pertencer ao mesmo meio social, à mesma "ordem". Os pais tentam reagir através da deserdação ou da acusação de rapto contra os casamentos de filhos insubmissos².

A Igreja opõe-lhes o carácter indissolúvel do casamento fundado sobre o consentimento dos esposos e o monopólio da sua jurisdição sobre os negócios familiares. A vontade de endogamia, instrumento de concentração ou de preservação das fortunas, a Igreja opõe a proibição do casamento entre parentes próximos.

O casamento-acordo entre duas famílias envolve uma permuta de bens ao lado de uma troca de pessoas. A "datio" da esposa deve ser compensada pela constituição de um "dote" em seu benefício. Mas como a esposa representa um encargo para o marido, é preciso que ela traga o necessário para assegurar a sua manutenção. O dote que a esposa traz deve corresponder, em princípio, ao dom do marido. Só no século XIII a Igreja se interessa devidamente pelos aspectos patrimoniais do casamento com vista a defender os interesses da mulher.

Mas no domínio das relações pessoais, já no século XII a vitória do direito canónico sobre os costumes e as "normas" civis parece indiscutível.

No início do segundo milénio os homens, levados pelas necessidades essenciais de comer e de sobreviver, reúnem-se à volta dos poderosos, os únicos que podem protegê-los e ali-

² Vd. G. Duby. *Les jeunes dans la société aristocratique dans la France du Nord-Ouest au XII ème siècle*, Annales E.S.C., XIX, 1964, p. 835 segs.

mentá-los. A população concentra-se à volta das terras “feudais” que esbatem ao longe a figura do rei. Os homens são presos numa rede de deveres e de direitos (junior/senior, vassalo/senhor, filho/pai, mestre/discípulo) cujos aspectos “religiosos” e “laico” são inseparáveis.

Com efeito, a malha feudal é dobrada por uma rede eclesiástica (paróquia, bispado). Instala-se uma rede de paróquias, simbolizada pela erecção da Igreja, nas quais se concentra o mundo dos vivos, com os mortos a seus pés³.

Ao mesmo tempo, o sistema de representações religiosas justifica a estrutura social que a Igreja, em troca, modifica segundo as suas normas (concepção religiosa de cavalaria, “paz de Deus”, origem e função divina do poder temporal, casamento etc.).

“Encelulado” nos senhorios e nas paróquias, o europeu é submetido à “ordem religiosa” (e “civil”) que se organiza desde os tempos carolíngios: missa dominical, comunhão nas grandes festas do ano, instrução religiosa etc. O bispo acentua o seu poder e aumenta a vigilância sobre o seu povo: constitui-se um tribunal paroquial para conhecer os pecados graves dos fiéis. Esta evolução culmina no século XIII, no qual o direito canónico lança as estruturas de uma organização “perfeita” para a Igreja e os seus fiéis — entre as quais, as bases do direito do casamento e da família.

1.3. *A estrutura da ordem conjugal: o mosteiro como modelo*

Para os clérigos que “constroem” a sociedade européia, esta constituía um todo homogéneo, integrado, no qual cada parte é solidária do conjunto, o todo presidido por Deus, tal como este preside ao Cosmos.

Esta integração não era porém só externa. Cada célula era ordenada por uma lógica de conjunto, que era necessariamente a lógica do “sagrado” que dava sentido às coisas do

³ C. Violante. *Pieve e parrocchie nell'Italia centrosettentrionale durante gli secoli XI e XII*, Atti del congresso dell'Univ. Católica, 1974.

mundo. O modelo da “cidade dos homens” devia ser procurado na “cidade de Deus”; o modelo da célula familiar foi, portanto, procurado na ordem eclesiástica. Os clérigos que disciplinavam o casamento e a família tinham diante dos olhos o que parecia ser a célula humana mais perfeita à disposição dos homens no seu caminho para a salvação: o mosteiro, a célula do monge. A célula familiar foi concebida segundo o modelo monacal (da regra de S. Bento).

Diante de Deus as duas partes de um casamento eram iguais, sendo equivalentes as suas obrigações, nomeadamente a da fidelidade. Contudo, a exemplo de Deus presidindo ao mundo e do abade governando o mosteiro, a família era dirigida pelo marido.

O abade devia ser para os seus monges o que foi João Baptista, o Amigo do Esposo, o que os ama com um amor que os conduz para o Senhor. O marido devia amar a esposa de tal modo que esta, como elemento mais frágil do casal (Eva), seria fortificada e salva. Não se completando a vida senão na interdependência das pessoas, a dependência da mulher perante o marido, e dos filhos perante os pais, aparece como uma dimensão de liberdade e do amor. A obediência perante o pai e o esposo (e o abade) é uma forma de amor para com Deus: o que não obedece ao pai que vê, não obedecerá ao Pai que não vê. Mas a autoridade não é absoluta: S. Bento indica duas fontes de autoridade no mosteiro: um texto e uma pessoa.

A vida escapa pois ao positivismo vazio e arbitrário. A autoridade do chefe da família é limitada pela moral e pela rede de normas nas quais a Igreja se esforça por enquadrar as obrigações dos esposos.

De que modo será organizada a vida quotidiana da família? De que modo aqueles a quem são confiados os utensílios devem tomar conta destes? Interroga-se S. Bento. Estes utensílios são dedicados e consagrados a Deus. O ritual monástico da bênção do dormitório pede *dormientes Te per soporem sentiant; Sanctis etiam ipse somnus oratio sit*. A vida do casal deve ser

consagrada também a Deus, em todos os seus momentos: *fercula nostra Deum scepiant*.

Transponhamos para a família o ideal do mosteiro: “Tudo era ritmo, rito e cerimónia desde o levantar. Tudo era acontecimento sagrado. Tudo era o mais santo hábito. Tudo era elevação interior e oração, durante todo o dia, o sono e a vigília, o trabalho e o pouco de repouso; a cama e a mesa, a sopa e a carne, a casa e o jardim, a porta e a rua, o pátio e a entrada da porta, e os pratos sobre a mesa. Diziam, rindo, que trabalhar é rezar, e não sabiam quão certos estavam. Todo o trabalho era oração. E a oficina, uma vitória” (Péguy).

Fundado sobre um livro e uma autoridade; consagrado ao trabalho que salva⁴; instrumento de salvação: o casamento, tal como a Ordem, era sustentado pela graça do sacramento.

2. O casamento como ordem de salvação: o sacramento (O Ser)

Mesmo se a análise teológica do matrimónio é, algumas vezes, cronologicamente posterior à sua implantação prática, que parecia mais urgente, os teólogos dos séculos XII e XIII mostram um interesse significativo pelo casamento.

Através da noção de perpetuidade, a Igreja descortina o sinal essencial do casamento. Para Hildeberto de Lavardin⁵ o vínculo indissolúvel, a estabilidade, são o significante (“designat”) do casamento: “é a estabilidade no matrimónio que é o sacramento, pois ele é o sinal da coisa sagrada”.

Sempre houve consenso sobre o carácter sacramental do matrimónio, mesmo se a noção de sacramento e, especificamente, a noção e o conteúdo do “sacramento do matrimónio”, variaram. Santo Agostinho atribuiu ao casamento uma natureza religiosa que designou pela palavra *Sacramentum*. Atri-

⁴ Contra a tradição romana e germânica do ócio nobilitante.

⁵ P.L., 171, 963-4. Tal como o sacramento do baptismo não pode ser perdido, também o sacramento do matrimónio não pode ser destruído, escrevia Hincmar de Reims (de divortio Lothario et Tetbugae, 21 Resp.).

buiu ao casamento cristão o *bonum sacramentum* por causa da sua indissolubilidade⁶. O casamento é um sacramento que simboliza a união de Cristo e da sua Igreja.

Pedro Lombardo considera que o caracter sacramental do matrimónio decorre, segundo S. Paulo, do facto de ter sido estabelecido como símbolo de amor de Cristo pela sua Igreja e do amor deste pelo seu divino Esposo.⁷ A indissolubilidade reenvia à fidelidade que, por sua vez, reenvia ao amor. A fidelidade dos esposos, tomou, como modelo, a fidelidade de Cristo.

Para Hugo de S. Victor⁸ há no casamento duas realidades sacramentais: o *coniugium ipsum* e o *officium coniugium*. A primeira reside no consentimento; a segunda na relação dos esposos.

Antes da queda, Deus tinha estabelecido o matrimónio como o sacramento da sociedade que existia entre ele e a alma. A base desta sociedade era o amor, significado pela união espiritual do homem e da mulher. Depois da queda, a instituição do matrimónio não foi modificada, mas rectificada, de modo a que o *officium coniugale* fosse um remédio contra a concupiscência.

S. Boaventura⁹ coloca o matrimónio entre os sacramentos, o consentimento dos esposos significando a união no amor. Para S. Tomás, as palavras que exprimem o consentimento são a forma,¹⁰ enquanto que os actos externos das partes constituem a matéria, o conjunto, identificando-se com o *Sacramentum tantum* do matrimónio.

Esta concepção do matrimónio como o Sacramento do amor oficiado pelos cônjuges permite compreender o verdadeiro sentido da finalidade do casamento, através do diálogo

⁶ V. B. Pereira. *La doctrine du mariage selon St. Augustin*, Paris, 1930, e V. Iadoemenky. *Saint Augustin, docteur du mariage chrétien, Etude dogmatique sur les biens du mariage*, Rome, 1942.

⁷ P. Abellan. *El fin y la significacion sacramental del matrimonio desde S. Anselmo hasta Guillermo de Auxerre*, Granada, 1939.

⁸ "De Sacramentis", 1, 8, 13 e 2, 11, 3.

⁹ *Commentariū in quattuor libros sententiarum*, IV, 26, 2, 2.

¹⁰ *In. Sent.*, IV, 2, 11.

do ser e da função. Na base do casamento há o acto pelo qual um homem e uma mulher se encontram e reencontram o seu ser. Dão-se um ao outro, querendo ser um, sem poder cessar de ser dois (Lacroix). Esta vontade de união encarna-se na criança, permitindo assim que o matrimónio se perpetue. Nos filhos, escreve Hegel, a unidade do matrimónio que, enquanto substancial é interioridade e sentimento, mas que, enquanto existência é, separada em dois sujeitos, torna-se também uma existência por si e um objecto enquanto unidade. Os pais amam os filhos como o seu amor, como o seu ser substancial. E Kirkgaard sublinha: “todo o amor verdadeiro repousa sobre o facto de que os cônjuges se amam num terceiro”. Nesta medida, o filho, encarnação do amor, é o casamento. Ele encarna a perpetuidade do amor e é, ao mesmo tempo, a própria condição desta perpetuidade.

Nesta perspectiva, não atribuo uma parte muito importante ao recente câmbio verificado no direito canónico. A finalidade primeira do casamento era a procriação e a educação dos filhos¹¹, vindo subsequenteemente o *mutuum adiutorium*. Hoje, e na seqüência da constituição conciliar *Gaudium et Spes*¹², o matrimónio é definido canonicamente como uma comunidade de vida conjugal fundada sobre o amor e ordenada pelo seu character natural à geração e à educação dos filhos¹³.

¹¹ “O consentimento matrimonial é um acto de vontade pelo qual as duas partes concedem e aceitam o direito ao corpo — *ius in corpus* — perpétuo e exclusivo, com vista a actos aptos em si à geração dos filhos” — C.J.C., can. 1.081, § 2).

¹² A comunidade profunda da vida e do amor que forma o casal foi fundada e dotada das suas leis próprias pelo Criador; é estabelecida sobre a aliança dos cônjuges, quer dizer, sobre o seu consentimento pessoal, irrevogável.

Uma instituição, que a lei divina confirma, nasce assim, perante a própria sociedade do acto humano pelo qual os esposos se dão e se recebem mutuamente (n.º 48, § 1).

¹³ Considerados como o “dom mais excelente do casamento” — mesmo documento, n.º 50, § 10. A encíclica “*Hirmanae Vitae*” (de 25 de Julho de 1968) retoma o conjunto desta doutrina: “Através da doação pessoal recíproca, que lhes é própria e exclusiva, os esposos tendem à

Não se trata de mais do que uma perspectiva, ou ordem, diferente de uma realidade imutável, mesmo se é possível perguntar se o amor entre os esposos é um valor jurídico.

II. *A desinstitucionalização*

3. *Introdução*

O casamento católico revelou-se capaz de constituir o fundamento de uma família que assumia uma grande parte das funções sociais de base:

- a) Reprodução;
- b) Produção e repartição de bens;
- c) Controle social no interior e no exterior da família;
- d) Educação dos substitutos;
- e) Harmonização dos fins individuais com os valores sociais.

Na segunda parte, que se segue, descreverei a desinstitucionalização do casamento no que se refere à estabilidade e à procriação, bem como as consequências que daqui podem decorrer.

4. *Da estabilidade ao divórcio*

A ordem do casamento — monogamia, estabilidade/indissolubilidade — é necessária para enquadrar a procriação e a comunidade de vida entre os esposos. É esta ordem — bem como as suas finalidades — que é posta em causa pelo divórcio.

Atacado pelo individualismo, pela repartição social do trabalho, pelo enfraquecimento do poder da Igreja diante do Estado e pela diminuição do seu controlo sobre as representações e os costumes, o casamento começa, desde o século XVI, a entrar em crise e a escapar ao controlo da Igreja. Nos países da Europa do Sul — França, Itália, Espanha e Portugal — a época contemporânea é marcada pelo conflito que opõe o Es-

comunhão dos seus seres com vistas a um aperfeiçoamento pessoal mútuo para colaborar com Deus na geração e na educação de novas vidas”.

tado e a Igreja católica no que se refere à competência para disciplinar o casamento e para estatuir sobre os conflitos que surjam no seu âmbito. A consagração do casamento civil e do divórcio não é só a homenagem prestada ao individualismo representado por uma certa concepção da liberdade dos esposos. A desinstitucionalização do casamento não é, em múltiplas reformas, o produto da desagregação da família conjugal. Essa desinstitucionalização vai abalar, através do casamento católico, privado da sua estabilidade, a ordem social (política) e económica tradicional em benefício da ordem nova criada pelo Estado contemporâneo — seja qual for a sua ideologia.

Sendo a evolução homóloga em todos os países indicados — casamento civil/divórcio, divórcio-sanção, divórcio-remédio e divórcio por mútuo consentimento — limitar-nos-emos a apreciá-la com base no direito português, que será tomado a título de exemplo.

O divórcio apareceu em Portugal como uma das primeiras medidas do regime republicano. Este introduziu-o em 3 de novembro de 1910, menos de um mês depois da tomada do poder, o que demonstra a importância que a República atribuía a esta medida. O divórcio foi legitimado dois meses mais tarde (em 25 de dezembro de 1910) através da transformação do matrimónio num contrato exclusivamente civil, único casamento admitido e que devia preceder obrigatoriamente o matrimónio religioso.

Antes de 1910 a esmagadora maioria da população escolhia o casamento católico, em vez do matrimónio civil que era facultativo. Deste modo, a imposição do casamento civil, susceptível de divórcio, não parece responder a uma necessidade social, mas sobretudo a um plano destinado a abalar a Igreja e a família. Tanto mais que o divórcio litigioso conhecia um largo número de causas e se admitia o divórcio por mútuo consentimento. Esta finalidade não foi, porém, totalmente atingida: o número de divórcios foi sempre reduzido.

Em 1940, depois da Concordata assinada com a Santa Sé, Portugal reconhece efeitos civis ao casamento católico. Proíbe os tribunais civis de aplicarem o divórcio aos casamentos re-

ligiosos e reserva para a jurisdição eclesiástica o juízo sobre a validade dos casamentos católicos.

O registro dos casamentos civis cai em 1941 para 18,22% do total, para se limitar a 9,25% em 1960. O casamento civil torna-se um fenómeno socialmente "marginal". O interesse "civil" da estabilidade do casamento é assegurado em 90% das uniões pela indissolubilidade do casamento católico.

O Código Civil de 1966 conservou a dualidade do casamento civil/casamento católico. Mas o divórcio por mútuo consentimento é interdito. Em 1975, é revogado o artigo da concordata que proibia os tribunais de aplicar o divórcio aos casamentos católicos. A constituição de 1976 reserva à ordem civil o direito do casamento. A reforma do Código Civil de 1978 reintroduz o divórcio por mútuo consentimento.

Estas modificações podem querer justificar-se pelo número crescente de casamentos civis, dos divórcios e das situações de ruptura dos casamentos católicos. Mas elas levaram a um modelo no qual, mesmo se não revestem um caracter de imposição, estas modificações sugerem um plano de transformação social¹⁴.

Se a simples possibilidade do divórcio litigioso abala toda a estrutura e a dinâmica da família, o divórcio por mútuo consentimento traduz a fase final da destruição da estabilidade do casamento e, portanto, deste mesmo.

O "novo casamento" representa um regresso à concepção do direito romano. Volta a tornar-se um negócio privado, uma relação fundada sobre a cohabitação e o consenso continuado. Já não é um estado, uma ordem criada por um consenso inicial, definitivo. A dissolubilidade não reenvia nem à fidelidade nem ao amor. O "bem" da fidelidade apaga-se. O matrimónio torna-se o que cada um dos cônjuges quiser.

¹⁴ A lei codificada (e a lei em geral) parte do normal para o anormal. Conseqüentemente, o público considera as leis como um modelo: será "normal" que o casamento seja dissolvido pelo divórcio.

Isto é verdade para o divórcio-remédio litigioso: cada um dos esposos pode *dizer* o divórcio, dispondo causas que só dependem da sua vontade (ausência do domicílio conjugal, por ex.). A intervenção do tribunal nada mais é do que o cair do pano depois do “pathos”.

O divórcio por mútuo consentimento significa, com uma grande clareza, que a ordem jurídica já não sustenta o matrimónio, tornando-o disponível pelo simples acordo dos interessados. O divórcio por mútuo consentimento já não se pode justificar pelos fundamentos do divórcio-remédio. Não é necessariamente o remédio de uma situação mortalmente atingida: o direito não se interessa pelas razões que determinaram o acordo dos ex-cônjuges. Talvez se tenham casado a termo: a sociedade aceita, de facto, através do divórcio por consentimento mútuo, ligações a termo que já não são casamentos.

O legislador facilita assim o casamento-negócio. As pessoas podem casar-se para adquirir uma nacionalidade, uma licença para comerciar, para ganhar um prémio, ou obter um benefício fiscal. Uma vez obtido o resultado em vista, os “cônjuges” divorciam-se. O casamento vale então o que os cônjuges querem. Torna-se um simples contrato privado com vistas a interesses privados. Uma espécie de associação — por que não uma sociedade comercial?... — de responsabilidade fortemente limitada!

A justificação do divórcio por mútuo consentimento poderia ser a seguinte: seria injusto e socialmente inútil obrigar os cônjuges a manter-se ligados por um vínculo que já não significa nada para eles e que, conseqüentemente, já não pode atingir os seus fins. Então, por que não admitir o divórcio por vontade de um só dos cônjuges? Se um dos cônjuges rejeita o vínculo conjugal, este não poderá, na lógica indicada, servir os fins para os quais foi criado. A dinâmica do casamento como negócio privado, instrumento de liberdade das partes, desemboca no “divórcio” (repúdio) por vontade de um só dos esposos.

O casamento torna-se, de facto, uma ligação temporária. O divórcio é uma idéia-força que multiplica o divórcio: os

cônjuges dissociam-se indefinidamente. Já não estão ligados para o melhor e para o pior. O pior marca o fim do casamento, O melhor parece sempre insuficiente. Tornando uma ligação temporária, o casamento já não é idóneo a assegurar a sua função social: procriação e comunhão de vida dos esposos.

Vimos que a estabilidade reenvia ao amor que é, ao mesmo tempo, a sua causa. Que amor será compatível com os casamentos a termo?

Passamos à análise da evolução da outra finalidade do casamento: a procriação.

5. *A procriação e a comunhão de vida. Do casamento-instituição ao casamento-contrato. Para lá do casamento associação*

O Código Civil português de 1867 consagra a noção tradicional das finalidades do casamento: é um contrato entre duas pessoas de sexo diferente, tendo por fim constituir legitimamente a família.

O Código Civil de 1966 precisa que a família será constituída mediante uma plena comunhão de vida. O que não parece acrescentar um suplemento substancial à fórmula anterior.

A grande alteração surge com a Constituição de 1976. Segundo o artigo 36.º todos têm direito a constituir família e a casar-se em condições de plena igualdade. Esta distinção entre matrimónio e procriação significa que aquele já não tem a procriação como finalidade. O casamento (só) será uma comunidade de vida entre duas pessoas. A procriação é assunto das mulheres, sendo deixada ao livre arbítrio de cada uma, segundo os costumes vigentes.

A procriação considerada como assunto de cada mulher estava presente no artigo 68.º (na redacção de 1976) que só reconhecia a maternidade enquanto valor social e que só previa a protecção estadual para a mãe na sua função de educação dos filhos.¹⁵

¹⁵ A reforma de 1982 introduz a paternidade ao lado da maternidade.

A função da procriação é a primeira vítima da estabilidade do casamento. Um filho representa (ainda!) nove meses de gestação, vinte anos de educação, uma vida de preocupações. Anos que já não são assimilados ao desabrochar de um espírito cheio de amor, mas a constrangimentos intoleráveis à liberdade dos cônjuges. Os filhos tornam-se anomalias, sub-produtos da sexualidade, que é preciso prevenir ou eliminar. O filho, sendo um investimento a longo prazo, é dificilmente compatível com o casamento a curto prazo — este mesmo incompatível com uma verdadeira comunhão de vida.

Mas se a sociedade já não institucionaliza o casamento como fonte de procriação, mas só enquanto comunhão de vida, abre a porta ao “casamento” de homossexuais ou de grupos.

Acentuando-se a maternidade como fonte de procriação, o poder paternal, tornado parental, será em breve poder maternal — e a criança, concebida mas ainda não nascida, dissociada pelo seu afastamento do matrimónio, será vista como uma parte do corpo da mãe e submetida ao seu poder (de vida ou de morte).