



DEPARTAMENTO DE DIREITO

MESTRADO EM DIREITO

ESPECIALIDADE EM CIÊNCIAS JURÍDICAS

UNIVERSIDADE AUTÓNOMA DE LISBOA

“LUÍS DE CAMÕES”

**O CASAMENTO COMO FORMA DE CONSTITUIÇÃO DA
FAMÍLIA E BASE DO ESTADO – UM ESTUDO COMPARADO
ENTRE A VALORAÇÃO DO INSTITUTO DO CASAMENTO NAS
LEGISLAÇÕES DE PORTUGAL E DO BRASIL**

Dissertação para a obtenção do grau de Mestre em Direito

Autor: Weliton Cavalcante Guerra

Orientador: Professor Doutor Diogo José Paredes Leite de Campos

Número do candidato: 20151543

Junho de 2019

Lisboa

Dedicatórias

Dedico este labor à minha querida e amada mãe, Nanci Terezinha Alfonso Cavalcante, alicerce do meu desempenho, ao qual devo evidenciar o seu carinho, paciência e compreensão, essencial para execução desta dissertação e caminhada de vida.

Ao meu querido e amado Filho, Weliton Cavalcante Guerra Filho, quem sempre foi o meu incentivo para avançar no conhecimento e progredir na vida.

Aos meus Irmãos e Irmãs, Frederico Cavalcante Guerra, Sara Cavalcante Guerra, Lara Cavalcante Guerra, Eduardo Cavalcante Guerra e Leonice Maria da Silva Ferreira, esta, de criação, pelo meu amor, a afeição e o respeito para com eles e pela admiração que todos sempre me demonstraram.

À Minha esposa, Katia Simone Pires dos Santos Guerra, pela credibilidade, paciência necessária, dedicação e incentivo, achando-me sempre capaz, contribuição imperiosa para a realização desta obra e à minha enteada Lisandra Pires Caetano, um exemplo de determinação e dedicação aos estudos.

Agradecimentos

Primeiramente a Deus, tanto pela fé que tenho quanto pela força e coragem que me concedeu para o cumprimento desta obra.

Ao ilustre, Professor Doutor Diogo José Paredes Leite de Campos, agradecimento e carinho pela paciência, atenção e, acima de tudo, pela dedicação que demonstrou a cada aula ministrada, fundamental para minha escolha e decisão para elaboração deste trabalho.

Do mesmo modo, aos professores da Universidade Autónoma de Lisboa – Luís de Camões, pelo valoroso conhecimento transmitido e, ainda, pelo incentivo dispensado ao longo dos últimos anos, com toda certeza, imprescindível à minha motivação.

Por fim, à Leonice Maria da Silva Ferreira, pela colaboração ao realizar a revisão deste trabalho.

Muito Obrigado!

Epígrafes

“Mudam-se os tempos, mudam-se as vontades, muda-se o ser, muda-se a confiança; Todo o mundo é composto de mudança. Tomando sempre novas qualidades.”

Luís de Camões

“Sou definitivamente contra o definido, porque o definido é o bastante e o bastante não basta.”

Fernando Pessoa

Resumo

Desde os primórdios da civilização, os seres humanos se agrupam em torno de algo ou de alguém, com a intenção de procriar através dos laços de afeto, constituindo, então, uma família, fração social mais remota já reconhecida.

Por isso, a família surgiu como o primeiro círculo social do homem, sendo o meio onde ele irá evoluir física, intelectual, espiritual, social e moralmente.

O estudo da família interessa ao Direito como a realidade na qual é estabelecida fonte de relações sociais de grande importância aos interesses individuais e coletivos que alberga a origem de futuras pretensões sendo, estas, fonte de efeitos jurídicos.

A presente dissertação tem como estudo a tutela Constitucional e infraconstitucional em Portugal e Brasil, para a regulamentação e a proteção dada à família.

Palavras-chave: Constituição; família; dignidade humana.

Abstract

Since the early days of civilization, the human beings are grouped around something or someone, with the intention of procreate and build a family through affectional bonds, being the family, the social fraction most remote that is known.

That is why the family came as men's first social circle, being the environment where he is going to evolve physically, intellectually, spiritually, socially and morally.

The study of the family interests Law, as a social reality in which the source of social relations of great importance to the individual and collective interests is established, which includes the origin of future pretensions, source of legal effects.

The present dissertation has as its study the Constitutional and infraconstitutional tutelage in Portugal and Brazil, for the regulation and protection given to the family.

Keywords: Constitution; family; human dignity.

ÍNDICE

Introdução	11
1. Casamento	14
1.1 – Noções conceituais	14
1.2 – A evolução histórica do casamento	17
1.3 – Tipos de casamentos	27
1.3.1 – Casamento civil	27
1.3.1.1 – Casamento civil em Portugal	27
1.3.1.2 – Casamento civil no Brasil	29
1.3.2 – Casamento religioso	32
1.3.2.1 – Casamento cristão/católico	32
1.3.2.2 – Casamento judaico	32
1.3.2.3 – Casamento ortodoxo	33
1.3.2.4 – Casamento evangélico/protestante	34
1.3.2.5 – Casamento anglicano	34
1.4 – Efeitos do Casamento	34
1.4.1 – Parentesco	38
1.4.1.1 – Em Portugal	39
1.4.1.2 – No Brasil	40
1.4.2 – Parentesco por afinidade	41
1.4.2.1 – Em Portugal	42
1.4.2.2 – No Brasil	42
1.4.3 – Adoção	43
1.4.3.1 – Em Portugal	44
1.4.3.2 – No Brasil	46
1.5 – O Casamento entre pessoas do mesmo sexo	47
1.5.1 – Em Portugal	47
1.5.2 – No Brasil	48
2. Princípios Constitucionais do Casamento	49
2.1 – Em Portugal	49
2.1.1 – Direito à celebração do casamento	50
2.1.2 – Direito a constituir família	50

2.1.3 – Competência da lei civil para regular os requisitos e os efeitos do casamento e sua dissolução, independentemente da forma de celebração	51
2.1.4 – Admissibilidade do divórcio para quaisquer casamentos	52
2.1.5 – Igualdade entre os cônjuges quanto à sua capacidade civil e a manutenção e educação dos filhos	53
2.1.6 – Atribuição aos pais do dever de educação dos filhos e inseparabilidade dos filhos dos seus progenitores	54
2.1.7 – Não discriminação entre filhos do casamento e os nascidos fora do casamento	54
2.1.8 – Da proteção da Adoção	55
2.1.9 – Da proteção da família	55
2.1.10 – Da proteção da paternidade e da maternidade	56
2.1.11 – Da proteção da infância	56
2.2 – No Brasil	57
2.2.1 – Princípio da afetividade	58
2.2.2 – Princípio da solidariedade familiar	59
2.2.3 – Princípio da proteção do idoso	59
2.2.4 – Princípio da função social da família	60
2.2.5 – Princípio da plena proteção das crianças e adolescentes	61
2.2.6 – Princípio da convivência familiar	62
2.2.7 – Princípio da intervenção mínima do Estado no direito de família	63
2.2.8 – Proteção da dignidade da pessoa humana	64
2.2.9 – Princípio da igualdade entre os filhos	65
2.2.10 – A dissolubilidade do vínculo do casamento	66
2.2.11 – Monogamia	67
2.2.12 – Direito à celebração do casamento	68
2.2.13 – Direito a constituir família	68
2.2.14 – Igualdade entre os cônjuges	70
2.2.14.1 – quanto à capacidade civil	70
2.2.14.2 – quanto à manutenção e educação dos filhos	73
2.2.15 – Não discriminação entre filhos do casamento e os nascidos	

	fora do casamento	76
3.	O reconhecimento e a ordenação da família no direito civil português e brasileiro	79
3.1 –	Em Portugal	79
3.2 –	No Brasil	80
3.3 –	A família como uma realidade natural e social?	87
3.4 –	Comportamento Social	87
4.	O Direito de constituir família	95
4.1 –	Dignidade e princípios	95
4.2 –	A proteção constitucional	95
	4.2.1 – Em Portugal	95
	4.2.2 – No Brasil	98
	Conclusão	101
	Bibliografia	105

Lista de Abreviaturas

A.C – antes de Cristo

ADIn – Ação Direta de Inconstitucionalidade

CRP – Constituição da República Portuguesa

CRFB/88 – Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

CCB – Código Civil Brasileiro

CCP – Código Civil de Portugal

CNJ – Conselho Nacional de Justiça

Dec. Lei – Decreto Lei

REsp – Recurso Especial

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

Introdução.

A formação da família e sua regulamentação tem sido objeto de discussão desde os primórdios da nossa história, vários são os estudiosos que buscam uma explicação exata e a sua justificação.

Para o estudo do tema em questão, é necessário que se faça uma incursão sobre a história do casamento, em especial do casamento na história de Portugal e do Brasil. A dissertação será um estudo comparado, pelo fato de a história das *gens* desses dois países estarem historicamente ligadas.

A investigação não terá a intenção de esgotar o assunto ao longo da explanação, porém, serão traçados alguns paralelos entre a origem do casamento na história de Portugal e na do Brasil. Igualmente, será feita uma análise sobre as legislações aplicadas nos dias atuais acerca do tema, através das diversas modalidades existentes de matrimônio.

É inequívoco que, a Igreja foi quem primeiro regulamentou as questões relativas ao casamento, para, em seguida, o Estado, que seguindo suas concepções, fez sua regulamentação sobre o assunto. Obviamente que cada Estado Soberano segue sua Constituição, com seus requisitos próprios.

Observar-se-á, no transcorrer da dissertação, que os esposais sempre foi uma forma de constituir a família com a sua realidade natural e social em face à legislação que rege a espécie e tutela o direito patrimonial e extrapatrimonial.

O desígnio do tema em comento é demonstrar que o enlace matrimonial, tanto em Portugal quanto no Brasil, é fonte de afeto, de amizade, de dedicação e de solidariedade entre os membros que compõem as diversas relações que se originam no casamento e na formação da entidade familiar.

Há de Ressaltar que, “o que uniu os membros da família antiga foi algo mais poderoso que o nascimento, que o sentimento e que a força física: foi à religião do fogo doméstico e dos ancestrais, a qual fez com que a família formasse um corpo nesta e na outra vida. A família antiga era mais uma associação religiosa natural (...). Não há dúvida de que não foi à religião que criou a família, mas, seguramente, foi ela que lhe deu regras, daí resultando que a família antiga recebeu uma constituição diferente daquela que teria recebido se os sentimentos naturais não tivessem constituído por si só

seus fundamentos (...). Uma família era um grupo de pessoas a quem a religião permitia invocar o mesmo fogo doméstico e oferecer o repasto fúnebre aos mesmos ancestrais”¹.

A família, tanto no Brasil como em Portugal, tem o seu reconhecimento nos princípios básicos da legislação civil e da Carta Política de cada país, bem como nas ordenações da família, onde se encontram comportamentos e sentimentos de amor, amizade, confiança, lealdade, solidariedade e a vontade de formar um grupo comum, sendo uma realidade natural e social, nos quais o direito atribui-lhes efeitos jurídicos e proteção.

Desta feita, a família como realidade natural e social, está regulamentada no direito civil, nas Constituições de ambos os países, contendo os princípios básicos da família, cuja existência material, psicológica e moral se manifesta nos planos ou domínios da vida, diverso do plano jurídico.

Observa-se que a família é assentada numa série de comportamentos pessoais, realidades psicológicas e morais relativas ao amor e, ainda, uma identificação com os outros componentes do mesmo grupo agregado que o direito considera relevantes, reconhecendo e aceitando-a ao formular a sua regulamentação em instituição familiar.

Nesta análise, a instituição familiar é constatada como um conjunto de valores e sentimentos que não são criados pelo Direito e, além disso, sua existência não está condicionada à determinação legal, pois trata-se, antes, de consequências da realidade concreta e psíquica do homem e das concepções ético-sociais. Porém, o Direito não pode omitir-se nas relações estabelecidas com base nestas concepções, conferindo-lhes efeitos jurídicos.

Destarte, todas as relações e comportamentos que formam o tecido da vida familiar justapostos com as normas que, em consonância com o sentido das núpcias e da relação de filiação, estabelecem os deveres dos cônjuges entre si ou os deveres e direitos dos genitores e dos filhos, sendo, estas, normas da instituição familiar reguladoras de normas morais pré-jurídicas do organismo familiar.

¹FUSTEL DE COULANGES, Numa Denis, 1830-1889. **A Cidade Antiga: estudos sobre o culto, o direito, as instituições da Grécia e de Roma**. Tradução de J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. – 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. – (RT-Textos fundamentais; 7). Título Original: **La Cité Antique**. p. 34.

Assim, a família, com sua concreta e natural existência no seio da vida social contém, desde logo, uma ordenação íntima, não podendo a lei deixar de considerar essa realidade e esse mundo de relações, estabelecendo sobre este o manto de uma disciplina, tanto quanto possível, completa.

As instituições familiares correspondem a justificações de caráter geral do direito legislado, com uma ordenação concreta e institucional da família. Porém, não disciplina todos os problemas da vida familiar, mas respeita o sentimento dos deveres e direitos dos membros da família, o que permite o curso natural da vida familiar em situações de crise, disciplinando com justiça e certeza a posição dos sujeitos. O Estado traz uma disciplina da família diversa da vivida espontaneamente na realidade social.

Desse modo, o Direito que regulamenta a Família possui características peculiares, caracterizada por normas imperativas, as quais os particulares não podem afastar.

Assim sendo, esse é um ramo do direito suscetível às modificações por parte das estruturas políticas, econômicas, sociais e religiosas. Isto, porque dentro das legislações existentes, cada sociedade dá um tratamento distinto a esta matéria, *v.g.*, o problema da admissibilidade ou rejeição do divórcio, dos esposais religioso ou civil, da união de fato em condições análogas às dos cônjuges, da posição da mulher dentro da união conjugal, do estatuto dos filhos ilegítimos, etc².

²PINTO, Carlos Alberto da Mota; MONTEIRO, António Pinto; PINTO, Paulo Mota. **Teoria Geral do Direito Civil**. 4º ed. Lisboa: Ed. Coimbra, 2005, p. 158-160.

1. Casamento.

1.1 – Noções conceituais.

Conceituar casamento sob o prisma jurídico é empreendimento árduo, porém, para esta conceituação remontaremos a Modestino, no Digesto, “Núpcias são uma união em casamento de macho e fêmea, uma medida que irá perdurar durante a vida inteira, a ligação entre as leis do criador e da criatura”³.

Já Justiniano, nas Institutas, define o casamento como sendo um vínculo jurídico traduzido pelo *affectio maritalis*, vontade espontânea dos cônjuges de se tratarem como esposo e esposa e que tinha na celebração a manifestação expressada dessa vontade de uma convivência entre duas pessoas.

O matrimônio e o casamento apresentam origem dessemelhante, na interpretação tomista⁴, *matrimonium* deriva de *matrem*, *mater* + *muniens*, ou *monens*, ou nato, ou monos, ou *munus*, correspondendo, nesta ordem, “o escudo que o pai é da mãe”, “aviso à mãe para não abandonar seu marido”, o feito no qual “a fêmea faz o nascer”, vínculo de dois que forma um só, “ocupação ou responsabilidade da fêmea”. A palavra *casamentum*, no latim medieval, versava sobre a arribana, morada, o regalo oferecido quando das núpcias, que podia ser um lote ou uma edificação, que era oferecida pelo soberano ou seus Vassalos aos seus servidores, como também pelos conventos às filhas de seus instituidores ou pelo aliciador à vítima na reparação de seu erro.

No Código Canônico, há contratualidade no matrimônio, considerando-o sacramento, produzindo seus efeitos pela aquiescência por pessoas habilitadas ante ao direito. Tal assertiva é tratada no cânone 1055, § 1º, onde estabelece que o homem e a mulher através do casamento estabelecem um pacto que permanecera por toda a suas vidas, que os cônjuges buscarão o bem comum dentro dos sacramentos da Igreja, e que desta convenção os frutos serão a prole que será educada dentro dos ensinamentos cristãos⁵.

³Digesto L. 23, Tit. II, frag. 1º: “Nuptiae sunt coniunctio maris et feminae, consortium omnis vitae, divini et humani iuris communicatio.”, cuja tradução literal é: “Núpcias são uma união em casamento de macho e fêmea, uma ação de toda a vida, a comunicação do direito divino e humano”.

⁴LIMA, Domingos Sávio Brandão. **Casamento. Enciclopédia Saraiva do Direito.** v. 13, p. 379 a 381.

⁵Cân. 1055 — § 1. “O pacto matrimonial, pelo qual o homem e a mulher constituem entre si o consórcio íntimo de toda a vida, ordenado por sua índole natural ao bem dos cônjuges e à procriação e educação

Caio Mário da Silva Pereira define o casamento “como a união de duas pessoas de sexo diferente, realizando uma integração fisiopsíquica permanente”⁶. Observa-se que, este conceito pode ser aplicado também à família com ausência de núpcias, por conter tendências mais filosóficas que jurídicas.

Álvaro Villaça Azevedo, no esboço da obra Estatuto da Família de Fato, traz a tese metajurídica para o casamento, lecionando que o casamento “nada mais é do que um elo espiritual, que une os esposos, sob a égide da moralidade e do direito”⁷.

O professor de direito canônico Iván Ibán⁸, em Notas para “*una propuesta de definición del matrimonio*”, afirma que, elucidar a dessemelhança apresentada para o casamento nos artigos do Código Civil e os preceitos estabelecidos no *Codex Iuris Canonici*, reside em querer fazer uma diferenciação entre uma *filloa* e uma crepe com a utilização de equações matemáticas e fórmulas químicas.

Para Pontes de Miranda o casamento tem como conceito a relação contratual solene, por pessoas capazes e com diversidade de sexo, onde legalizam as relações sexuais através de um vínculo indissolúvel, bem como estabelecem as regras ao patrimônio de acordo com a norma vigente, como também assegura aos filhos nascidos desta união a criação e educação⁹.

Washington de Barros Monteiro define o matrimônio sendo uma união permanente nos termos da legislação civil entre homem e mulher, para reproduzirem e se ajudarem mutuamente, além de criarem seus filhos em conjunto¹⁰.

Silvio de Salvo Venosa¹¹ define o casamento da seguinte maneira: “a união do homem e da mulher para o estabelecimento de uma plena comunidade de vida”.

da prole, entre os batizados foi elevado por Cristo Nosso Senhor à dignidade de sacramento.”
CÓDIGO DE DIREITO CANÔNICO. Disponível em [http://www.vatican.va/archive/cod-iuris-canonici_po.pdf](http://www.vatican.va/archive/cod-iuris-canonici/portuguese/codex-iuris-canonici_po.pdf), p. 186

⁶PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. v. 5. Ed. Forense, São Paulo, 2015, p. 33.

⁷AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Estatuto da Família de Fato**. 2 ed., Ed. Atlas, São Paulo, 2002, p. 37/39.

⁸IBÁN, Iván C. **Notas para una propuesta de definición del matrimonio**. Revista de Derecho Privado, Madrid, p. 577-84, maio 1993.

⁹MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **TRATADO DE DIREITO DE FAMÍLIA**. 3º ed., Vol. I. Max Limonad Editor. São Paulo. p. 15, “o casamento “como um contrato solene, pelo qual duas pessoas de sexo diferente e capazes, conforme a lei, se unem com o instituto de conviver toda a existência, legalizando por ele, a título de indissolubilidade do vínculo, as suas relações sexuais, estabelecendo para seus bens, à sua escolha ou por imposição legal, um dos regimes regulados pelo Código Civil e, comprometendo-se a criar, educar a prole que de ambos nasceu”.

¹⁰MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil. Direito de Família**. vol. 2, 37ª ed., Ed. Saraiva. São Paulo, 2004, p. 22. “a união permanente entre o homem e a mulher, de acordo com a lei, a fim de se reproduzirem, de se ajudarem mutuamente e de criarem os seus filhos”.

Para Silvio Rodrigues, casamento é “o contrato de direito de família que tem por fim promover a união do homem e da mulher, em conformidade com a lei, a fim de regularem suas relações sexuais, cuidarem da prole comum e se prestarem mútua assistência”¹².

Para o Professor Doutor Diogo Leite de Campos, “o casamento é um ‘consórcio de toda a vida’, uma comunidade conjugal de vida, plena completa, total, exclusiva, indissolúvel, em que está empenhada toda a pessoa, que transforma os cônjuges numa só carne, em todos os aspectos do seu ser e da sua vida”¹³.

Isto posto, é cristalino que há uma vasta gama de definições para o conceito de casamento e não há, contudo, regularização universal para sua definição, pois seu conceito sempre sofrerá influência de fatores religiosos, sociológicos, geográficos e, fortalecendo tudo isso, no decorrer da história houve várias premissas orientadoras dos juristas, religiosos e sociólogos que tentaram e tentam uma definição do matrimônio universal.

Portanto, os conceitos sempre trouxeram fundamentos quanto à necessidade dos cônjuges serem heterossexuais, a formalidade no ato solene da sua celebração, a perpetuação da espécie com a geração da prole e os deveres maternos e paternos junto a esta, a assistência mútua dos esposos e a prole, a anuência dos noivos, e a natureza do ato constitutivo.

Destarte, é inconteste a criação humana na convenção chamada casamento para disciplinar a família, com valores sociais, culturais, filosóficos, psíquicos, morais, religiosos, econômicos, científicos e jurídicos segundo com cada momento histórico da evolução humana.

Desta forma, as núpcias são caracterizadas pela convivência pública e contínua entre dois indivíduos de sexo diferente, estabelecida com objetivo de constituição de família, sendo um negócio jurídico, estabelecido em lei, iniciando-se, daí, uma sociedade com vínculos conjugais e com implicações jurídicas tanto para o patrimônio como para si próprio.

¹¹VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil, Direito das Sucessões**. 3ª ed. Atlas editora, São Paulo SP. 2003, p. 40.

¹²RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil – Direito de Família**. vol. 6, 28ª ed., Ed. Saraiva. São Paulo, 2004.

¹³CAMPOS, Diogo Leite de, CAMPOS, Monica Martinez de. **Lições de Direito de Família**. 3ª ed. ver. e actualizada. Ed. Almedina S/A. Coimbra, 2017, p. 148/149.

Porém, não existe um estabelecido conceito para o casamento, na lição do Professor Doutor José Proença, pois para este o conceito universal e válido nunca houve¹⁴.

1.2 – A evolução histórica do casamento.

Entre os seres vivos sempre houve o acasalamento, quer pelo instinto de perpetuação da espécie ou pela repulsa à solidão. Esta afirmativa encontra respaldo na concepção de que só se encontra a felicidade a dois, ou seja, sozinho o ser vivo não alcança a felicidade.

Na aurora dos tempos, o ser humano, desprovido de inteligência, interagiu com outro ser humano atendendo aos instintos de perpetuação e de preservação da espécie. Com a evolução da agricultura e da pecuária o ser humano passou a agregar-se em clãs, constituídos de famílias que se fixavam em determinadas faixas de terra, em definitivo.

Com a fixação na terra, os clãs foram agregando e constituindo outras tribos, decorrente das uniões matrimoniais, surgindo também a formação de uma comunidade política, em que a autoridade era paterna. Desta maneira, na antiguidade o casamento tinha propósito social e político.

Nesse sentido, nas sociedades antigas, para a perpetuação da espécie era necessário a formação de um ambiente seguro bem como a elaboração de regras relativas à propriedade.

Portanto, o matrimônio enquanto forma de constituição de família vem da necessidade do ser humano de se agrupar, de pertencer a algum lugar, de encontrar seu porto seguro e o seu refúgio no seio de seu grupo familiar, quer seja biológico ou não, monoparental ou poliparental.

A família, como entidade histórica, interligada com os rumos e desvios da história e sua mutabilidade através dos tempos, traz influências nas reestruturações humanas de diferentes modelos familiares, sendo o alicerce do relacionamento entre duas pessoas, perpetuando a espécie e buscando a efetivação de seus valores.

¹⁴PROENÇA, José João Gonçalves de. **Direito da Família**. 4ª ed. ver. e at.: Universidade Lusíada Editora. Lisboa, 2004, p. 137. “No fundo, não há, nem nunca houve, um conceito universal válido de casamento”.

Conforme já, aqui, disposto, o casamento tem diversos conceitos, uns baseados em contrato, outros na concepção de entidade, na qual há ideias religiosas/filosóficas, apresentando formas solenes do ato, o qual pode ser definido pelos propósitos ou resultados.

Desta maneira, o matrimônio, antes de instituir uma associação sexual tutelada juridicamente com o objetivo de disciplinar – social, jurídica e moralmente – a procriação e os efeitos parentais que dele decorrem, era um acontecimento natural que os antigos sacerdotes abençoavam e tinham como propósito agraciar as divindades que proviam a vida, os alimentos e protegiam a propriedade.

Nos primeiros códigos escritos já havia a previsão do casamento para formação da unidade familiar.

Código de Hamurabi – alicerçado por um contrato escrito, não tendo validade caso o mesmo não existisse; “Se um homem tomou uma mulher por esposa e não redigiu um contrato, essa mulher cônjuge não pode ser”; Adultério punido com a morte (afogamento); O pai escolhia a noiva, mediante pagamento.

Lei de Moisés – união monogâmica, na qual o casamento israelita era acompanhado de uma soma em dinheiro, mohar, como presente da noiva.

Código de Manu – 1.200 a.C., era o verdadeiro código moral que vigorava em toda Índia. Determinava o pacto nupcial como irrevogável, punindo a mulher adúltera com a morte.

Os babilônicos realizavam o matrimônio em duas fases, na primeira entabulava um contrato entre os pais da futura esposa e os pais do futuro marido e, nesse, que se fundava na transmissão de determinada quantia em pecúnia, o contrato era indispensável para dar validade ao casamento, pois se um homem tomasse uma mulher por esposa sem redigir um contrato, a mulher não é considerada sua esposa.

A segunda fase era as cerimônias religiosas do casamento, as quais eram desprovidas de caráter jurídico.

No antigo Egito o noivado era negociado entre o pai da noiva e a família do noivo, sendo que, para a aprovação do intento, a família do noivo deveria comprovar que este tinha condições financeiras para contrair matrimônio, após tais negociações se

mostrando satisfatórias, o pai da noiva aprovava o noivado, sendo este confirmado após os noivos enviarem presentes entre si.

Os casamentos ocorriam quando as noivas se encontravam por volta dos 12 a 14 anos de idade e os noivos dos 17, isto devido a pouca longevidade das pessoas.

Na Grécia antiga, a religião foi o princípio constitutivo da família segundo *Fustel de Coulanges*, na qual a família se reunia em torno de um altar para as orações dentro da residência e, do lado de fora desta, a uma distância próxima, existiam túmulos de seus antepassados, nos quais havia oferendas e solicitações de proteção por parte da família.

No noivado havia uma negociação entre o pai da noiva e o futuro noivo, com antecedência de muitos anos antes. Na data aprazada, fazia-se aos Deuses sacrifícios e oferendas e banquetes eram oferecidos pelo pai da noiva, após isso a noiva era conduzida por um cortejo para a sua nova morada.

Na Roma antiga, os esposais e a família está vinculado ao “*Status Familiae*”, e o vocábulo família, apresentava-se primeiro como um conjunto de pessoas colocadas sob o poder de um chefe – o *paterfamilias*, ressaltando-se que, “*Pater*”, nesta expressão, não quer dizer pai, mas chefe, efetivo ou em potencial, onde um impúbere ou um celibatário poderiam exercer o poder do *paterfamilia*, e segundo estava relacionado ao patrimônio do *paterfamilias*”¹⁵.

Assim, na Roma antiga, a família era um conjunto de pessoas subordinadas a um *paterfamilias*, que exercia o poder religioso, político-jurídico e administrativo desse grupo, e esse poder não se extinguia com o casamento ou a maioridade de seus membros.

O casamento era regulado pela *justae nuptiae* (*matrimonium*), contraído nas condições estabelecidas na legislação civil (*jure civili*), com um elemento espiritual e psicológico – a *affectionis maritalis* – vontade espontânea dos cônjuges de se tratarem como esposo e esposa.

¹⁵CRETELLA JUNIOR, José. **CURSO DE DIREITO ROMANO: o direito romano e o direito civil brasileiro**. 26º ed.: Ed. Forense. Rio de Janeiro, 2001, p. 77.

Do casamento, emergiam diversas consequências. Estas, relativas à legitimidade dos filhos, ao regime sucessório, às relações de afinidade e ao dote¹⁶.

Fator importante a ressaltar é que, na Idade Antiga (das épocas remotas ao fim do Império Romano do Ocidente, 476 A.C.), a cerimônia religiosa não era pública, era processada no âmago da família, ou seja, dentro dos lares, ao redor do fogo sagrado. Não havendo liturgias ou regras para esses rituais, cada grupo familiar adorava vários deuses. Desta feita, a mulher, ao casar, deixava de celebrar o culto da sua família de origem, para cultuar o da família do esposo. Alguns historiadores afirmam que essa possa ser a origem de a noiva acrescentar o nome da família do noivo após as núpcias.

Assim, nos costumes desta “religião doméstica” foi estabelecida a instituição do casamento, tendo este, então, o caráter religioso desde a aurora da civilização.

Porém, neste período, o casamento estava assentado no acordo formal entabulado pelo noivo e o genitor da noiva, no qual estava incluído um pagamento pelo genitor da noiva de um dote.

Neste período, na união conjugal a vontade da noiva não tinha relevância, tampouco dependia do seu consentimento para que a cerimônia ocorresse. Deste modo, a noiva era transferida, através de um séquito, da casa do pai para a casa do marido, este séquito era composto por parentes e amigos. Esta comitiva nupcial atribuía publicidade ao casamento, sendo que, os participantes da comitiva eram as testemunhas dos esposais. Fazendo uma analogia aos tempos atuais, a nubente ganhava dos genitores o enxoval, os presentes, dos parentes e amigos.

Portanto, as núpcias estão presentes desde a antiguidade e já foi compreendida de inúmeras formas, *verbi gratia*, a cerimônia de passagem, que simbolizava a transferência da mulher do pai para o marido; “ou o evento religioso que garantia a continuidade dos cultos domésticos aos deuses ancestrais do marido”¹⁷; “ou um sacramento religioso que ligava homem e mulher em uma só carne, numa aliança perante Deus. Em regra, o matrimônio sempre teve uma conotação religiosa, mas perdeu esta essência na França, em 1767, quando o Estado Francês optou por romper

¹⁶EDORDO VOLTERRA, **Matrimonio, (diritto romano)**, NssDI X (1964), p. 333/II.

¹⁷FUSTEL DE COULANGES, Numa Denis, 1830-1889. **A Cidade Antiga: estudos sobre o culto, o direito, as instituições da Grécia e de Roma**. Tradução de J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. – 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. – (RT-Textos fundamentais; 7). Título Original: **La Cité Antique**. p. 34 e ss.

com a Igreja e oficializar apenas o Casamento Civil”, conforme leciona Arnold Wald (2004)^{18, 19}.

No decorrer da Idade Média, a Igreja institucionalizou as núpcias como um ato público, levando a celebração deste ato para dentro dos templos religiosos e regulou os contratos das bodas, estabelecendo um código de ética e moral, instituindo, assim, o matrimônio como sacramento.

Neste período, dentro dos dogmas da Igreja o matrimônio passa a ser inextinguível, pois “o que Deus une o homem não separa” (Mateus 19,3-12), sendo banida a prática da poligamia e o concubinato, transformando a infidelidade em pecado. Contudo, mesmo sendo abençoado por Deus, o casamento mantinha a mácula do ato sexual, iniciado no pecado original. Em vista disso, o casamento deveria ser puro, sendo proibido o incesto, ou seja, os nubentes não podiam ter parentesco até o sétimo grau consanguíneo ou por afinidade.

Desta maneira, a Igreja insere Cristo dentro da família e inclui no ritual o SIM, sendo o consentimento que os noivos davam para receberem a bênção nupcial. Desta forma, o casamento, além de familiar, patrimonial e econômico, tornou-se um sacramento, em que o SIM no rito solene da celebração é de suma importância, sua falta enseja a nulidade das núpcias.

Também, nesta época, a Igreja instituiu um modelo conjugal onde não havia espaço para o desejo, pois não havia a noção de casal e sim a definição de família, sendo permitido haver intimidades carnis somente no casamento, uma vez que, estas visavam apenas à procriação e a manutenção da inseparabilidade no casamento, o que refletia a pureza da união de José com Maria, evitando-se, também, a utilização de interesses econômicos, comportamento bastante comum neste período.

Assim, a valoração do amor na união conjugal, no decorrer da Idade Média, era bastante limitada, residindo na fidelidade e na prole comum a validade eucarística das núpcias. Portanto, o sentimento mútuo de amor dos consortes, na concepção religiosa, era o resultado da existência partilhada do casal “primeiro casa e depois ama”.

¹⁸WALD, Arnold. Curso de Direito Civil Brasileiro: **O Novo Direito de Família**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 57 e ss.

¹⁹JATOBA, Clever. **A compreensão do casamento no Direito Civil Brasileiro: Conceito e Natureza Jurídica. Parte I**. 31 de Mar. 2014. [em Linha]. [Acesso em 02 Abr. 2016]. Disponível em <http://cleverjatoba.blogspot.com.br/2014/03/casamento-parte-1.html>.

Neste sentido, São Jerônimo estabeleceu que no casamento, amar-se ardentemente correspondia a praticar adultério. Desta forma, obter prazer sexual com uma meretriz era menos pecaminoso que ter prazeres carnavais com a esposa. A essência primitiva dos esposais é a formação de um casal, entretanto, a Igreja assemelhou-se à criação de uma família, na qual o amar a Deus sobre todas as coisas vinha primeiro.

Porquanto, a partir do Concílio de Trento (1563), para a Igreja Católica, a ética sexual era baseada na renúncia do prazer, sendo o ato sexual uma obrigação para a procriação no relacionamento conjugal e, pelos dois séculos seguintes, a Igreja estimulou uma radicalização da castidade e do puritanismo, promovendo o encerramento dos bordéis, além de proibir todas as maneiras de exibição do corpo. Do mesmo modo, acarreou a condenação do erotismo, dando ao ato sexual a finalidade reprodutiva e exclusiva dos casados, instigando uma guerra sistemática contra todas as formas de relações sexuais que não fossem na constância do casamento.

Com a cisão da igreja, o surgimento do protestantismo e sua predominância em alguns países Europeus, *v.g.*, na Inglaterra, houve a retirada da Igreja do controle sobre o casamento, transferindo-o e subordinando-o às regras Estatais.

Por conseguinte, com a revolução francesa, final do século XVIII, passou-se a adotar a noção do matrimônio como sendo um ato civil, um contrato, que se baseia na manifestação da vontade dos noivos, não estando submetido à intercessão indispensável da Igreja. Surge, desta maneira, os esposais de conteúdo laico, de atribuição do Estado e separado do matrimônio religioso.

Desta forma, através dos séculos, o casamento tomou diversas formas diferentes, nas quais a família e o matrimônio constituem uma realidade social, em formação com a evolução da raça humana. Ao longo dos séculos, os indivíduos, antes de se casarem, sempre passaram por rituais de corte, e as núpcias contraídas, dentro dos preceitos religiosos, são dissolúveis apenas após o falecimento de qualquer dos nubentes.

Desse modo, nota-se que, uma união que de início objetivava tão somente a procriação, transformou-se em questões ligadas ao valor da propriedade, à obtenção das terras e às uniões políticas entre a nobreza.

Ao longo da história, o papel do casamento foi mais relevante para a instituição do eixo da estabilidade social do que o amor entre os nubentes. As atribuições do casamento se voltavam para a criação da prole, com transmissão de valores, servindo como núcleo econômico, além de organizar as tarefas diárias da vida.

Contudo, cada cultura imprime os seus costumes na cerimônia dos esposais, todavia, sua relevância institucional é universal.

Em Portugal, nos meados de século supracitado, inicia-se no período pré-Tridentino. Nesse período havia duas figuras traduzindo o casamento: uma, o casamento clandestino, classificado por alguns como sendo todo aquele que não foi contraído *in facie Ecclesiae*; a outra, o casamento que, embora não sendo celebrado na Igreja, se concluisse publicamente perante uma assembleia de fiéis, conforme os costumes locais. Este não deveria ser considerado como clandestino. Outra forma, ainda, era a que consistia nos esposais de pública fama, sendo conceituada, pelo público, como aquela cuja qualificação de casamento deriva do fato de um convivente varão com uma convivente virago serem considerados como cônjuges.

O ilustre professor Cabral de Moncada²⁰ leciona que o matrimônio de pública fama não é propriamente um casamento e sim uma simples condição, de fato, de alguns casados, servindo para designar nos documentos em que aparecia um certo e determinado meio de prova dos seus consórcios, sempre que esses não tivessem recebido a consagração solene da Igreja.

Sobre as provas do casamento, cabe ressaltar que as leis de Afonso III e D. Dinis regulamentam os meios de prova do casamento de pública fama e não formas autônomas de casamento. Portanto, para a prova da posse da disposição de casado seriam necessários 03 (três) requisitos: *nomem* (ambos nomearam-se esposo e esposa), *cohabitatioettractatus* (é a coabitação acompanhada de tratamento que faz supor a existência de vínculo matrimonial) e fama (ter essa união a convicção, gerada em terceiros, de que se trata de matrimônio).

²⁰Luis Cabral de Moncada. **O Casamento em Portugal na Idade Média citado na obra História do Direito Português**. Apontamentos das lições dadas ao 1º ano de 1965-1966 pelo Doutor Nuno Espinosa Gomes da Silva, 1º Assistente encarregado da cadeira em Lisboa. Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa. 1965.

É de se observar que estava presente na norma de D. Dinis de 1311 que um dos elementos da posse de estado essencial é a *cohabitatio*, sendo que para se fazer esta prova da posse de estado exigia-se um transcurso de 07 (sete) anos.

Na Idade Média, a Igreja se interessa pelas questões inerentes ao conceito de família e casamento, passando, então, a cobrar os esposais a seus seguidores e fiéis. Os primeiros casamentos foram realizados exigindo apenas o consentimento dos nubentes, havendo uma simplificação nas celebrações. Isso fez com que surgissem, dentro da sociedade da época, relações clandestinas, o que obrigou a Igreja a exigir a convalidação dessas relações. Para convalidar o ato nupcial, a Igreja exigia a presença de um de seus representantes.

Nesse período, compreendido entre o século X ao século XV, a única configuração de casamento aceita foi à eclesiástica, consistindo, então, um dogma na Igreja Católica que, uma vez casado, nada poderia separar o casal. Desse modo, o matrimônio tornou-se um Pacto Eterno e a base de uma vida, colocando a mulher que não se casava cedo ou que não permanecia casada, mal vista na sociedade.

De 1542 a 1563, os católicos se reúnem em Trento e estabelecem as normas referentes ao casamento através do Concílio de Trento. Dessa forma, foi reconhecida a competência exclusiva da Igreja Católica para celebrar e validar o casamento, reafirmando o seu caráter sacramental e estabelecendo a exigência do assento em registros paroquiais. Foi, também, extinguido o casamento presumido e vulnerou de morte o concubinato.

Com o Concílio de Trento a Igreja estabelece que o matrimônio é constituído por uma combinação regida por um contrato que não pode ser dissolvido por vontade das partes, reconhece o princípio monogâmico do casamento, a necessidade do consentimento espontâneo dos noivos para celebrar os esposais, bem como o indispensável comparecimento do ministro eclesiástico e de testemunhas para a celebração das núpcias, para a consagração desta pelo sacerdote. O casamento significava a celebração de um contrato entre os nubentes, estipulando os direitos e obrigações aos noivos. Naquela época, havia motivos pelos quais se realizavam casamentos, muitas vezes, baseados em interesses puramente pessoais, nos quais predominavam a herança e a propriedade. No entanto, também havia casamento baseado no respeito e na devoção que cada cônjuge teria que ter com o outro, isto era

verificado entre as pessoas de classe social inferior. Havia também a permissão da ruptura das núpcias. Contudo, não tinha sido ainda, normatizado como divórcio, pois esta figura jurídica não existia a esta altura. Dependendo das circunstâncias, anulava-se o casamento.

Desta forma, as núpcias em Portugal passaram a ser reguladas pelo direito canônico, no qual o matrimônio possui natureza contratual, nascendo de um acordo de vontades entre duas pessoas heterossexuais, que culminará em uma união indissolúvel independentemente de terem ou não a prática do ato sexual ou afeto entre o casal²¹. Não obstante, o matrimônio ter como finalidade primordial a procriação²², Orlando Gomes ressalta que o direito canônico exigia a “potência contemporânea dos contraentes. Embora a Igreja não repute essencial ao casamento o coito, considera necessário, conforme ensinamento de Santo Tomás de Aquino, a aptidão física para praticá-lo”²³.

Após o período em que a Igreja Católica controlou e regulamentou as normas inerentes à família, através do direito canônico, surgiu à regulamentação do matrimônio civil na Constituição Portuguesa e no Código Civil.

No Brasil, a regulamentação do casamento tem início pelas Ordenações do Reino de Portugal. Essas Ordenações eram coletâneas do direito vigente na Metrópole, as quais visavam evitar a grande dispersão de normas existentes, o que poderia trazer prejuízos administrativos e jurídicos. Havia, também, a existência de três Ordenações: as Afonsinas, as Manuelinas e as Filipinas.

As Ordenações Afonsinas foram publicadas por D. Afonso V e são classificadas como as mais importantes, pois as demais, essencialmente, atualizavam as Ordenações Afonsinas.

Nas Ordenações Afonsinas havia a regulamentação de um casamento tido por feito, como as núpcias na qual havia uma situação com aparência matrimonial em que duas pessoas de sexos diferentes viviam como se casados fossem mesmo sem serem, demonstrando, então, uma troca de consenso nupcial sem produzir o casamento válido, por haver impedimentos matrimoniais.

²¹AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Estatuto da família de fato**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 56.

²²COSTA, Carlos Celso Orcesi da. **Tratado do casamento e do divórcio**. Vol. 1, Ed. Saraiva. São Paulo, 1987, p. 69.

²³GOMES, Orlando. **Direito de família**. 2. ed. Ed. Forense. Rio de Janeiro, 1976, p. 65.

Havia também a regulamentação de situações com aparência de matrimônios, em que homem e mulher viviam como se casados fossem, sem o serem. Situações estas, em que não havia casamento de fato nem de direito, apresentando um contexto em que duas pessoas de sexos diferentes conviviam como cônjuges, em posse de estado, porém, sem terem trocado consenso nupcial, previsto no parágrafo 3º do Título XXIII, do livro V das Ordenações Afonsinas.

Como exposto, em 1564, Portugal, como país católico, fez tornar obrigatórias, em todo Reino e Colônias, as Normas do Concílio de Trento em relação ao casamento, sendo introduzidas no Brasil pelas Ordenações Filipinas²⁴, que vigoraram até a promulgação do Código Civil de 1916.

Com a publicação da Lei nº 1.144, de 11 de setembro de 1861, aparece, em razão de diversas crenças existentes no país, uma legislação que passa a reconhecer o matrimônio dos não católicos, surgindo, então, o “casamento acatólico” entre pessoas que professavam outras seitas cristãs não católicas, obedecendo a seus ritos para a cerimônia do matrimônio.

Assim, foi ampliada a possibilidade de realização de casamentos religiosos cristãos, porém, observou-se a restrição para o casamento de pessoas que não fossem cristãs, em razão de o Brasil, à época, ser um Estado confessional.

Observa-se que a contribuição do Direito Canônico na formação e no desenvolvimento da legislação Civil é constatada no Código Civil Brasileiro em matéria de Direito de Família, podendo ser citado, v.g., os impedimentos descritos no artigo 183 do Código Civil de 1916, artigo 1.521 do Código Civil de 2002, classificados como dirimentes públicas ou absolutas, privadas ou relativas e impedientes ou proibitivas.

No Brasil, com a promulgação da Constituição Republicana de 1891, há disciplinação quanto ao casamento, sendo previsto na primeira Constituição somente o reconhecimento dos esposais civil, cuja celebração seria gratuita. Na Constituição de 1934, declarou civil o casamento com celebração gratuita e as bodas realizadas por qualquer religião produziria os efeitos civis. Já na Constituição de 1937, houve a regulamentação do matrimônio religioso para os efeitos civis. A Constituição de 1967 reconheceu as núpcias como o legitimador da família. Na Constituição de 1988, a

²⁴Ordenações filipinas [Em linha]. [Cons. 15/05/2019]. Disponível em: <http://www.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/l4p832.htm>.

matéria está disciplinada no art. 227, § 1º a 8º, ressaltando que no § 3º, foi admitida a união estável como sendo uma sociedade familiar protegida pelo Estado.

1.3 – Tipos de casamento.

1.3.1 – Casamento civil.

As núpcias civis é um acordo contratual, celebrado por duas pessoas, caracteristicamente com o objetivo de constituir família. Há uma variação deste conceito, diversificando conforme o momento histórico que a sociedade se encontra, com seus valores e cultura, porém, até recentemente, na maioria dos países, esta união era aceita socialmente somente entre homem e mulher, que comungavam a vida e os bens.

Juridicamente, as principais intervenções do matrimônio são a situação dos bens dos cônjuges, diferenciando conforme o regime escolhido, pelos nubentes, que se aplica aos bens, assim como à herança e a obrigação de apoio e responsabilidades entre os nubentes e os filhos decorrentes desta união.

Destarte, o matrimônio civil obrigatório engloba a maior parte dos países na atualidade, mas para que surtam os efeitos do casamento na esfera civil, este, obrigatoriamente, será realizado perante autoridade estatal.

Quanto à fé professada pelos nubentes, esta vale, apenas para fins de credo pessoal, pois os requisitos da legislação civil é que devem ser preenchidos para que os esposais tenham efeitos civis.

Para o matrimônio facultativo, os noivos podem optar tanto pela celebração das bodas em âmbito civil como no religioso, todavia, tanto em um como no outro, é o Estado que confere os efeitos civis.

1.3.1.1 – Casamento civil em Portugal.

Em Portugal, até entrar em vigor do Código Civil de 1967, vigeu o casamento católico como obrigatório. Com a entrada em vigor deste diploma legal passou a vigor duas formas de casamento, uma que se aplicava aos católicos, de forma

obrigatória, em que só os tribunais eclesiásticos tinham competência para analisar sua validade mesmo a instrução das causas e a execução das sentenças serem de competência dos tribunais civis, e outra aplicada aos não católicos. Nestas, os efeitos civis eram considerados válidos quando celebradas conforme a crença, usos e costumes dos noivos, sob a condição de serem escrituradas na competente conservatória.

Hodiernamente, o casamento e o direito de constituir família é regulado pela Constituição da República Portuguesa, em seu artigo 36º, números 1 e 2, e no Código Civil Português, Decreto Lei n. 47.344, de 25 de dezembro de 1966, com as atualizações dos Dec. Lei n. 261/75, de 27/5; Dec. Lei n. 496/77, de 25/11; Dec. Lei n.227/94, de 8/9; Dec. Lei n.163/95, de 13/7; Dec. Lei n. 35/97, de 31/1; Lein.21/98, de 12/05; Lei n. 47/98, de 10/8; Dec. Lei n. 120/98 e; Dec. Lei n.272/2001, 13/10, Livro IV- Direito da Família art. 1576º a 2020º.

O Código Civil Português estabelece no, artigo 1577.º, que: “casamento é o contrato celebrado entre duas pessoas que pretendem constituir família mediante uma plena comunhão de vida, nos termos das disposições deste Código”²⁵. Tendo como elementos o contrato celebrado entre duas pessoas, a constituição de família, vivência em concordância a conformidade com o ordenamento jurídico civil Português.

A idade mínima estabelecida para os cônjuges é de 18 anos, a partir de junho de 2010 o casamento civil para homossexuais também entrou em vigor.

Quanto aos bens referentes ao matrimônio, é estabelecida na lei Portuguesa três regimes, o da Comunhão Geral de bens – em que todos os bens dos nubentes passam a fazer parte do patrimônio do casal. Aqui, o casal é considerado como uno, tornando ambos detentores de todos os bens, inclusive, os bens individuais que os noivos possuíam antes das bodas passam para o bolo comum. Se houver a separação, todo o patrimônio é repartido entre os dois; o da Comunhão dos Adquiridos – Aqui, os bens que cada consorte possuía antes do consórcio são seus, no caso do rompimento do consórcio só os bens adquiridos na constância do casamento irão pertencer ao casal; o da Separação de bens – Neste regime, quanto à propriedade de bens, há a existência de uma separação total, ou seja, cada noivo mantém como seu apenas os bens que possuía antes do casamento, bem como os que angariaram após o casamento.

²⁵Código Civil e diplomas complementares. 9ª ed. rev. e atual. Lisboa: Quid Juris, 2008, p. 379.

A legislação portuguesa impõe o último regime, como obrigatório, na hipótese de um dos noivos possuir idade igual ou superior a 60 anos.

1.3.1.2 – Casamento civil no Brasil.

Hodiernamente, a matéria sobre casamento e família está regulamentada na Constituição de 1988, no art. 227, § 1º a 8º, ressaltando que no § 3º foi aceito a união estável como sociedade familiar protegida pelo Estado, e no Código Civil Brasileiro, Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002, Livro IV, art. 1511 a 1638.

No Brasil, o matrimônio é monogâmico, heteroafetivo ou homoafetivo²⁶, e a idade núbil é de 16 anos, nos termos da Lei n. 13.811/2019.

É um pacto contratual bilateral e solene celebrado entre as contraentes com o objetivo de formar uma família, através da integral vivência e concordância, sendo reconhecido o matrimônio religioso com efeitos civis mediante habilitação prévia. A averbação das núpcias realizadas no religioso no, Registro Civil, estará subordinada à decisão dos nubentes.

A proteção constitucional do matrimônio civil e do religioso com efeito civil está disciplinada no art. 226, da Carta Política do Brasil²⁷, onde é destacada a proteção especial do Estado, a gratuidade da celebração e os efeitos civis do casamento quando realizado no religioso.

Destarte, por ser o casamento um ato solene, este é precedido de um processo de habilitação para, ao final, ser expedida a certidão, ou certificado, nos termos do Código Civil, para a habilitação.

O Código Civil, em seu artigo 1.512, parágrafo único, assegura o direito à isenção de emolumentos e despesas para o casamento, registro e primeira certidão às pessoas cuja pobreza for declarada.

²⁶O Supremo Tribunal Federal, através da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4.277 e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132, equiparou a união estável entre casais homoafetivos como sendo entidade familiar, o que garante, aos homossexuais, os mesmos direitos heterossexuais, inclusive pensão, herança, regulamentação da comunhão de bens e previdência. O primeiro casamento homoafetivo brasileiro ocorreu em Jacaré (SP), por decisão da 2ª Vara de Família, que converteu a união estável das partes em casamento civil. TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando (2012). **Direito Civil - Direito de Família**. São Paulo: Método. p. 145–156.

²⁷Art. 226, da CF/88: “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. O casamento é civil e gratuita a celebração. O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei”.

Existe a obrigatoriedade de publicação de editais dos proclamas pela imprensa local, previsto no Código Civil, artigo 1.527, cuja comunicação poderá ser feita pelo celebrante ou por iniciativa de qualquer interessado.

Para que haja a produção de efeitos civis no matrimônio religioso é estabelecido, conforme a Constituição Federal de 1988, artigo 226, § 2.º e o Código Civil, artigo 1514, § 1º, o prazo de 90 (noventa) dias, contados da data da solenidade realizada pelo representante religioso da crença dos nubentes.

O Código Civil estabelece que a idade mínima para contrair matrimônio seja de dezesesseis anos para os nubentes, porém, exige-se a autorização dos genitores de ambos os nubentes ou de seus representantes legais.

Excepcionalmente, é permitida a realização das bodas de quem não alcançou a idade para casar, evitando que haja condenação ou se caso já ocorrido a condenação a execução de sentença na esfera criminal, como também caso o ato ensejou uma gravidez, nos termos do artigo 1.520, do Código Civil.

O artigo 183, do Código Civil, estabelece os impedimentos para o casamento, podendo ser os impedimentos absolutamente dirimentes, relativamente dirimentes ou impedientes.

No Código Civil, há diferenciação para os impedimentos, estabelecidos nos artigos 1.521 e 1.522, e as causas suspensivas, estabelecidas nos artigos 1.523 e 1.524. Os impedimentos podem ser opostos, no máximo, ao instante em que esteja acontecendo a cerimônia das núpcias, através de qualquer pessoa capaz, devendo o juiz e/ou o oficial de registro declarar a existência quanto ao impedimento, as causas suspensivas da cerimônia das bodas podem ser arguidas por parentes em linha reta ou colateral em segundo grau.

No artigo 1.521, inciso IV, do Código Civil, há a previsão do impedimento para se casarem parentes colaterais até o terceiro grau.

O Código Civil estabelece para a instrução do requerimento de habilitação para a celebração das bodas, a certidão de nascimento ou documento equivalente, artigo 1.525, inciso I.

A Homologação da Habilitação para as núpcias é feita perante o oficial de Registro Civil. Em seguida, é encaminhada para manifestação do Ministério Público.

Sendo este, anuente, será homologada pelo juiz nos termos do artigo 1.526, do Código Civil.

O artigo 1.528, do Código Civil, estabelece as ocorrências que dão azo para que o matrimônio possa ser invalidado, e os regimes de bens que podem os nubentes optar para a aplicação no casamento devem ser esclarecidos pelo oficial de registro civil.

O Certificado de Habilitação será extraído pelo oficial de registro depois de cumpridas as formalidades previstas nos artigos 1.526 e 1.527, do Código Civil e verificada a inexistência de fato obstativo nos termos do artigo 1.531, do mesmo diploma legal.

O Código Civil, no artigo 1.536, estabelece os elementos do registro do matrimônio, devendo estar os “prenomes, sobrenomes” dos noivos.

O artigo 1542, do Código Civil, dispõe sobre a celebração de casamento mediante procuração lavrada por Tabelião de notas ou por Oficial de Registro Civil das Pessoas Naturais, com prazo de noventa dias.

O Código Civil, artigo 1544, estabelece que quando um dos nubentes, ou os dois forem brasileiros e celebrarem o casamento no estrangeiro, quando um os dois e voltar ao Brasil, este ou estes tem um o prazo de cento e oitenta dias para regularizarem o registro do casamento perante as respectivas autoridades ou os cônsules brasileiros.

O Código Civil, artigo 1571, § 1º, estabelece que as núpcias válidas só será dissolvida pelo óbito de um dos cônjuges ou pelo divórcio, e quanto aos ausentes aplica-se as hipóteses estabelecidas no *Codex*.

O Código Civil brasileiro, no artigo 1639, admite a alteração quanto ao regime de bens, através de autorização judicial, no qual o pedido foi realizado por ambos os cônjuges, apurada a procedência das razões invocadas e ressalvados os direitos de terceiros.

Há obrigatoriedade do regime da divisão quanto aos bens, no Código Civil Brasileiro, somente para os matrimônios de pessoa maior de sessenta anos, nos termos do artigo 1.641, inciso II, desse mesmo Código.

A mutação da relação constante em casamento está estabelecida no artigo 1.726, do Código Civil, por meio de pedido dos consortes ao juiz e anotação junto ao Registro Civil.

1.3.2 – Casamento religioso.

O casamento religioso é a solenidade do matrimônio realizada de acordo com os costumes, as crenças e o ritual da fé professada pelos nubentes, podendo, este, ter validade civil.

1.3.2.1 – Casamento cristão/católico.

As Bodas, hodiernamente, ocorrem pela soberana, livre e verdadeira escolha dos nubentes em compor uma comunhão de amor e felicidade. Por este motivo, existe uma fórmula na qual se faz a pergunta no ato de celebração do matrimônio que tem enorme impacto na constituição da união matrimonial, qual seja: “É de livre e espontânea vontade que o fazeis?”, na presença de duas testemunhas. Por este motivo, se convida todas as pessoas próximas, *v.g.*, familiares, pessoas que pertencem ao círculo mais próximo dos noivos, que participam da vida do casal, para participarem, também, do Sacramento das bodas e da bênção nupcial. Lembrando que, o primeiro milagre realizado por Jesus, citado no livro de São João Evangelista, capítulo 23, versículo de 1 a 12 na, Bíblia²⁸, ocorreu nas Bodas de Canaã, na Galileia.

1.3.2.2 – Casamento judaico.

No judaísmo, a Ketubá, o pacto contratual de casamento, data cerca de dois milênios, originalmente redigido em aramaico. Conquanto, referenciava ao dote da noiva e aos direitos de propriedade do marido, havia no documento a garantia aos direitos da mulher, contendo cláusulas para protegê-la, nos casos de divórcio ou falecimento do marido.

²⁸Bíblia online. [Em linha]. [Consult. 15 Maio. 2019]. Disponível em: <https://www.bibliaonline.com.br/acf/jo/2/1-12>.

Os judeus obedecem aos princípios e às regras estabelecidas no Livro Sagrado de Talmud. Há uma diferença de ritual entre os ortodoxos e os conservadores; porém, ambos não realizam os casamentos aos sábados ou em festas religiosas. Não há a imposição para que as bodas sejam celebradas na Sinagoga. O ritual dos casamentos judaicos, hodiernamente, é a oposição às duas cerimônias que outrora eram celebradas.

Na celebração da união judaica, os noivos ingerem da mesma taça o vinho e, após, o nubente varão tritura com o pé um copo, no tempo em que os convidados os desejam felicidades. A quebra do copo tem como simbologia o rompimento dos nubentes com a vida que levou até aquele momento, deixando para traz quaisquer sentimentos de culpa que poderiam prejudicar seu relacionamento. Assim, sendo uma das diversas interpretações dadas ao ritual.

Quanto ao véu usado pela noiva na cerimônia, é uma tradição que se origina na história de Rebeca que, quando viu e aproximou-se do futuro marido, Isaac, se cobriu com um véu (Livro de Gênesis Capítulo 24, versículo 65)²⁹.

1.3.2.3 – Casamento ortodoxo.

Os ortodoxos compreendem um ramo do Cristianismo que rompeu com a Igreja Católica, no ano de 1054, portanto, não sofreram influência ocidental.

A palavra ou ritual ortodoxo, “conforme a doutrina definida”, é um ato lento e demorado que envolve um rito bizantino, cuja cerimônia pode ser celebrada no idioma escolhido, *v.g.*, português, grego, árabe, russo, romeno, etc.

É aceito entre os ortodoxos o casamento para os padres, porém, os Bispos têm que manter o celibato.

Na Igreja Ortodoxa, não há oposição ao casamento entre pessoas que professam outras religiões ou de pessoas divorciadas, enquanto que na Católica Apostólica Romana, tradicional, para um casamento realizado na igreja luterana ter validade é necessário à autorização do pároco.

²⁹Bíblia online. [Em linha]. [Consult. 15 Maio. 2019]. Disponível em: <https://www.bibliaonline.com.br/acf/jo/2/1-12>.

1.3.2.4 – Casamento evangélico/protestante.

Ramo do Cristianismo, derivada da reforma protestante de Lutero, nesta, antes do casamento há alguns preparativos, todavia após a marcação da cerimônia do matrimônio e com antecedência, os nubentes, por obrigação, devem combinar uma entrevista com o seu pastor; esta conversa, em uma analogia, tem o mesmo objetivo do curso de noivos proporcionado pela Igreja Católica.

Nos templos evangélicos, as cerimônias das núpcias são realizadas com hinos, orações, leituras, troca de votos de felicidades e alianças.

Em algumas Igrejas, há a permissão de realização do casamento para os divorciados, usualmente são mantidas as premissas de que os noivos se achem solteiros ou viúvos.

1.3.2.5 – Casamento anglicano.

A Igreja Anglicana busca equilibrar a tradição católica com as influências benéficas da Reforma Protestante.

A Celebração do matrimônio é feita conforme as leis do país, exigindo que um dos noivos seja batizado na Igreja Anglicana.

É permitida a celebração do casamento aos divorciados, desde que sejam cumpridas algumas imposições canônicas da Igreja Anglicana.

1.4 – Efeitos do Casamento.

Em Portugal, o conteúdo legal do matrimônio é contratual. Esta afirmativa pode ser aferida na leitura do art. 1577º, do Código Civil Português³⁰.

Observa-se que o matrimônio é um pacto contratual determinante, por si mesmo, de efeitos jurídicos que se impõem aos cônjuges. Desta forma, o matrimônio é um negócio jurídico que depende da livre exteriorização do desejo das partes para sua realização, de modo a produzir seus efeitos patrimoniais regulados pelas regras

³⁰Art. 1577º, do Código Civil Português. “Casamento é o contrato celebrado entre duas pessoas que pretendem constituir família mediante uma plena comunhão de vida, nos termos das disposições deste Código”.

estabelecidas para os bens na lei civil. Assim, o matrimônio seria um “contrato” a ser apreciado diante do plano da existência, validade e eficácia.

Os efeitos jurídicos do casamento em Portugal são, principalmente, a criação da família legítima e o estabelecimento dos vínculos de afinidade entre um cônjuge e os parentes do outro, que está regulamentado no art. 1584º, do Código Civil, onde traz a definição da afinidade como sendo o vínculo que liga os nubentes aos parentes do outro.

Quanto aos efeitos pessoais, os principais são a fidelidade, a coabitação, a mútua assistência, a cooperação e consideração, além da isonomia conjugal, com a assunção pelos cônjuges da condição de consortes, responsáveis pelos encargos da família, contendo igualdade de direitos e obrigações.

Desse modo, a direção conjunta da comunhão nupcial é estabelecida, concorrendo ambos, na proporção dos seus bens e dos rendimentos do trabalho, para o sustento da família e filhos, bem como, conjuntamente, escolher a fixação de domicílio conjugal, patrocinar, mutuamente, a proteção física e moral, a guarda e a instrução dos filhos, podendo contar, ainda, com a prerrogativa de acrescentar, qualquer dos cônjuges, até dois apelidos.

Quanto aos vínculos de afinidade entre um cônjuge e os parentes do outro, já citado, o art. 1585º, do Código Civil Português, define os elementos e a cessação da afinidade, a qual se determina pelos mesmos graus e linhas que definem o parentesco e não cessa pela dissolução do matrimônio.

No Título II, Cap. I, do Código Civil Português, são estabelecidas as modalidades das núpcias e, em seu art. 1587º, nº 1, está disposto os tipos de casamento, sendo, estes, o casamento católico e o civil. Já o nº 2 do referido artigo estipula que a norma civil reconhecerá e dará o valor e eficácia dos esposais civil ao matrimônio católico, nos termos das disposições dos artigos seguintes.

Na questão patrimonial, os efeitos são os que decorrem do estipulado para a administração dos bens quando o casal se aparta e os que não decorrem da administração dos bens quando da ruptura do matrimônio, sendo: o dever recíproco de sustento e prestação de alimentos entre os esposos; o estabelecimento das relações econômicas entre pais e filhos (poder familiar); a obrigação quanto ao sustento da prole

menor de idade; a prestação de alimentos aos filhos; a definição quanto à administração do patrimônio do filho menor; o usufruto dos bens dos filhos que estiverem sob o poder familiar.

No Brasil, não há uma definição em lei quanto ao conteúdo legal do casamento, tal definição é realizada pela doutrina que vem, há algum tempo, discutindo e dividindo em três teorias, quais sejam, contratualista ou individualista, institucionalista ou supraindividual e eclética ou mista.

Para os defensores da teoria contratualista ou individualista, a exemplo do professor Pontes de Miranda, o matrimônio é um pacto contratual solene, entabulado entre pessoas heterossexuais, no uso pleno de suas capacidades, conforme a norma que rege a matéria, e que têm a vontade de coexistir durante toda sua existência terrena. Esta união é indissolúvel, oficializando perante a sociedade que o casal tem intimidades carnavais com o propósito de perpetuar a espécie humana e se compromete com a criação da prole que dos dois nascerem, estabelecendo, ainda, a destinação do patrimônio conforme a lei civil vigente³¹.

Portanto, para a teoria contratualista ou individualista, o matrimônio é um negócio jurídico que tem na livre exteriorização do querer das partes para sua realização, o modo de produzir seus efeitos patrimoniais conforme o pactuado quando da solenidade das núpcias. Desta forma, o matrimônio seria um “contrato” a ser analisado dentro do plano da existência, validade e eficácia.

A teoria institucionalista ou supraindividual defende a classificação do matrimônio como uma instituição regida por normas patentes que deliberam minuciosamente, os efeitos jurídicos do casamento impondo deveres e designando os direitos dos cônjuges. Esses deveres e direitos não podem ser mitigados pela autônoma opção das partes, trazendo efeitos pessoais, pois em um contrato esses efeitos não podem ser objetos.

A professora Maria Helena Diniz considera o matrimônio como uma instituição social, que retrata um contexto jurídico que surge do arbítrio dos noivos,

³¹MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de Direito de Família**. 3º ed., Vol. I. Max Limonad Editor. São Paulo, p. 93. “o casamento é um contrato solene, pelo qual duas pessoas de sexo diferente e capazes, conforme a lei, se unem com o intuito de conviver toda a existência, legalizando por ele, a título de indissolubilidade de vínculo, as suas relações sexuais, estabelecendo para seus bens, à sua escolha ou por imposição legal, e comprometendo-se a criar e educar a prole que de ambos”.

sujeitando-se, entretanto, às normas, forma e efeitos preestabelecidos pelos preceitos legais, ou seja, é uma grande instituição social³².

O professor Antonio Elias de Queiroga defende que o matrimônio é mais que um contrato, em suas palavras, “o casamento é, sim, um ato jurídico e, como tal, produz vários efeitos: sociais, individuais e patrimoniais. É uma grande instituição que não pode ser reduzida a um simples contrato”³³.

A terceira teoria, eclética ou mista, argumenta que o matrimônio é um ato complexo de natureza mista, híbrida ou eclética, reconhecendo neste ato a coexistência de características contratuais com as institucionais. Essa teoria defende, também, que a autonomia da vontade das partes está resumida na liberdade de escolha do parceiro do regime de bens e da permanência ou não da relação familiar.

Esta teoria também defende que os efeitos pessoais, particularmente a alteração do estado civil, o surgimento dos vínculos de parentesco, a alteração do nome, as imposições quanto à fidelidade e coabitação e outros, ao casamento, não ataribui a essência contratualista. Isto porque os efeitos pessoais não são regulados pelo contrato.

Por conseguinte, a teoria eclética ou mista defende que a uniuão matrimonial, na sua formação, é um pacto contratual, porém, no seu desenvolvimento é uma instituição, tornando sua forma um misto híbrido e eclético.

Os efeitos jurídicos pessoais do casamento no Brasil, de ambos, são a fidelidade, a vivência pública no domicílio conjugal, a mútua assistência, o respeito e consideração, a isonomia conjugal, com a assunção pelos cônjuges da condição de consortes, as responsabilidades pelos encargos da família, havendo igualdade de direitos e obrigações, a direção conjunta da comunhão nupcial, a obrigação de ambos em concorrer na proporção dos seus bens e dos rendimentos do trabalho para o sustento da família e dos filhos, a fixação de domicílio conjugal, a mútua proteção física e moral, a guarda e instrução dos filhos em comum e a autorização de acrescentar, qualquer dos cônjuges, o sobrenome do outro.

³²DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 6º Vol. 16º ed. Ed. Saraiva. São Paulo. 2002, p.38.

³³Sá Pereira, apud, QUEIROGA, Antônio Elias de. **Manual de Direito Civil – Direito de Família**. Editora Ciência Jurídica. Belo Horizonte. 2001, p. 23.

Os efeitos jurídicos do casamento quanto ao patrimônio é resultante da comunhão ou não dos bens, como, por exemplo, a impenhorabilidade do bem de família, o dever recíproco de sustento e de prestação de alimentos e as questões quanto à destinação dos bens quando da sucessão do cônjuge sobrevivente.

Há, também, os efeitos jurídicos patrimoniais do casamento nas relações econômicas entre pais e filhos (poder familiar), *v.g.*, a obrigação do sustento da prole menor de idade, a prestação de alimentos aos filhos, a administração do patrimônio do filho menor e o usufruto dos bens dos filhos que estiverem sob o poder familiar.

1.4.1 – Parentesco.

O parentesco é o estado dado às relações familiares instituídas para identificar os indivíduos que estão ligados por laços sanguíneos ou por afinidade, nas quais esses indivíduos partem de um “eu” como referência e servem como fundamentos da estrutura social.

O parentesco por laços sanguíneos, sobrevivendo das núpcias, e a descendência daí decorrente acarreta a sucessão de bens e direitos através da herança, já o parentesco por afinidade é distinto daquele, pois neste é a lei que estabelece e disciplina as consequências dele decorrentes, porém, ambos trazem aos indivíduos um sentimento de pertença.

A relação de parentesco pode ser entendida não só como uma maneira de constituir relações pessoais, da mesma maneira que a afeição entre indivíduos de um grupo, mas também como uma forma de garantir direitos. Nessas relações também e reforçado, através das afinidades, o sentimento de pertença e de solidariedade entre pais e filhos e vice versa.

Quando se tem uma descendência por um ascendente masculino denomina-se patrilinear, quando por feminino denomina-se matrilinear, já quando por ambos denomina-se duplo unilinear e, quando se existe mistura de linhas de ascendentes denomina-se omnilinear ou bilateral.

Há também o parentesco linear, *v.g.*, entre avô e neto e o parentesco colateral, quando duas ou mais pessoas descendem de um antecessor comum, *v.g.*, irmãos e primos.

Há, também, laços parentais adquiridos através da figura da adoção, ocorrendo no convívio e no reconhecimento social a sobreposição às relações de consanguinidade. Assim, as relações de parentesco são os alicerces do grupo familiar, o qual é o modelo de instituição social não só para os humanos como também para muitos animais e plantas.

1.4.1.1 – Em Portugal.

Em Portugal o parentesco natural é determinado através da consanguinidade, ou seja, são parentes os indivíduos que provêm uns dos outros, considerados parentes em linha reta ou direta, ou procedem de um genitor comum, classificados como parentes em linha transversal ou colateral.

A descendência ou ascendência na linha reta ou transversal pode ser materna ou paterna, distinguindo, neste contexto, os irmãos germanos, parentes nas linhas paterna e materna, dos consanguíneos, parentes só na linha reta e dos uterinos, que são os parentes só na linha materna.

A noção de parentesco é definida no artigo 1578º, do Código Civil Português³⁴, bem como os elementos do parentesco no artigo 1579.º, do mesmo Código, quando assim estabelece: “o parentesco determina-se pelas gerações que vinculam os parentes um ao outro: cada geração forma um grau, e a série dos graus constitui a linha de parentesco”.

As linhas de parentesco são estabelecidas no artigo 1580º 1 e 2, do Código Civil Português que diz: “1. A linha diz-se recta, quando um dos parentes descende do outro; diz-se colateral, quando nenhum dos parentes descende do outro, mas ambos procedem de um progenitor comum. - 2. A linha recta é descendente ou ascendente: descendente, quando se considera como partindo do ascendente para o que dele procede; ascendente, quando se considera como partindo deste para o progenitor”.

Para o cômputo dos graus de parentesco observa-se o previsto no art. 1581º, 1 e 2, do Código Civil Português: “1 – a linha reta, há tantos graus quantas as pessoas que formam a linha de parentesco, excluído o progenitor; 2 – na linha colateral, os graus

³⁴Art. 1578.º, CCP: “Parentesco é o vínculo que une duas pessoas, em consequência de uma delas descender da outra ou de ambas procederem de um progenitor comum”.

contam-se do mesmo modo, ascendendo por um dos ramos e descendendo por outro, sem contar o progenitor comum”.

Em linha reta, os efeitos do parentesco são produzidos em qualquer grau, na linha colateral, nos termos do artigo 1582º do CCP, não é ultrapassado o sexto grau.

Para o cômputo do grau de parentesco no Direito de Família, aplica-se para cada linha reta ou colateral a mesma maneira, ou seja, conta-se um grau para cada geração, v.g., Pais - 1º grau; Filhos - 1º grau; Avós - 2º grau; Netos - 2º grau; Irmãos - 2º grau; Tios - 3º grau; Primos - 4º grau.

O artigo 1585º, do CCP, define os Elementos e a cessação da afinidade, em que o parentesco afim determina-se pelos mesmos graus e linhas que definem a afinidade e também jamais cessa através do distrato do consórcio pelo falecimento de um dos consortes.

1.4.1.2 – No Brasil.

As relações de parentesco são determinadas através de um antepassado comum, sendo classificada como parentesco consanguíneo ou natural, já as relações de parentesco criadas por um vínculo social é denominada como parentesco por afinidade ou parentesco civil. Portanto, qual seja a relação que não tem origem na consanguinidade é classificada como parentesco civil, v.g., a adoção, a maternidade ou paternidade socioafetiva, etc.

O parentesco consanguíneo é classificado em dois tipos, o parentesco em linha reta, onde são necessariamente consanguíneos, havendo uma relação de descendência, e o parentesco transversal ou colateral, onde há laços de sangue, porém, não é direto, pois os parentes não descendem uns dos outros, contudo, apresentam em seu tronco genealógico um antepassado comum, v.g., os tios, os primos, etc.

O cômputo do grau de parentesco conta-se a começar da vinculação entre pais e filhos, sendo esse parentesco classificado de 1º grau. Portanto, o parentesco entre o neto e o avô classifica-se de 2º grau, isto porque entre avô e neto existe um grau de parentesco, o filho, seguindo esta contagem, podemos classificar em linha reta, o bisavô é parente de terceiro grau e o trisavô é parente de quarto grau, observando-se a linha descendente e ascendente.

O Código Civil Brasileiro, em seu artigo 1.591 prevê que “são parentes em linha reta as pessoas que estão umas para com as outras na relação de ascendentes e descendentes”.

Desse modo, o irmão do pai considera-se parente em 3º grau colateral. Nos termos do artigo 1.592 do Código Civil Brasileiro “são parentes em linha colateral ou transversal, até o quarto grau, as pessoas provenientes de um só tronco, sem descenderem uma da outra”.

1.4.2 – Parentesco por Afinidade.

A expressão “parente por afinidade” reporta-se aos familiares gerados pelo vínculo matrimonial.

Quando das núpcias ou da união estável, os parentes dos esposos se tornam, legalmente, parentes por afinidade do cônjuge. Isso porque, nos termos do conteúdo previsto na norma, os cônjuges criam um vínculo familiar com os parentes um do outro. Esse vínculo passa a ser uma relação formal, objetiva.

Assim, podemos afirmar que o parentesco por afinidade é o vínculo legal efetivo entre as pessoas casadas ou que vivem em união estável e os progenitores, provindos ou irmãos dos esposos ou companheiros, ou seja, os familiares gerados pelo matrimônio ou pela relação consistente.

Este vínculo, constituído pelo casamento ou pela relação consistente, na linha reta não, se extingue com a dissolução do matrimônio ou da relação consistente.

Assim, como na relação de parentesco natural ou na civil, a afinidade é aplicada tanto na linha reta como na colateral.

Aplica-se também a relação de parentesco por afinidade na linha colateral, transversal ou oblíqua às pessoas que advém de uma ascendência comum, porém, sem provirem uma da outra, v.g., irmãos, tios, sobrinhos e primos.

Portanto, o parentesco por afinidade é o liame jurídico presente entre os indivíduos casados ou que vivem em união estável e os ascendentes, os descendentes ou irmãos de seu cônjuge ou companheiro, ou seja, são os familiares provenientes do

matrimônio ou da união estável, v.g., os sogros, as noras, os enteados, o padrasto ou a madrasta e o (a) cunhado (a)³⁵.

1.4.2.1 – Em Portugal.

A origem das relações de afinidade é, pois, o casamento, conforme determina o Código Civil Português em seu artigo 1584º, que estabelece o parentesco por afinidade de um dos cônjuges em relação aos familiares do outro.

Assim, o parentesco por afinidade é o vínculo de relação parental entre um dos cônjuges e parentes do outro cônjuge, conforme disciplinado pelo art. 1584º, do Código Civil Português. Portanto, a origem para a afinidade é o casamento, não sendo cessado com a dissolução deste pela morte, conforme estabelecido no art. 1585º, do mesmo código.

O parentesco por afinidade é contado por linha e grau, de modo igual ao parentesco natural ou civil, tendo seus efeitos, na linha colateral, geralmente até o segundo grau. Na linha reta não há direitos sucessórios, estando limitada a obrigação de alimentos ao padrasto e à madrasta, relativamente, a enteados menores que estejam ou estivessem, na ocasião da morte do cônjuge, a cargo deste, nos termos do artigo 2009/1-f, do Código Civil Português, além de que há impedimento dirimente à celebração do casamento conforme estabelece o art. 1.602º – c, do Código Civil Português.

Os artigos 1931º/1 e 1952º/1, do CCP, estabelecem que possa recair sobre os afins a obrigação de fazer parte do conselho de família ou de exercer a tutela.

Quanto ao arrendamento para habitação, no rural, o afim pode suceder o arrendatário em caso de falecimento.

1.4.2.2 – No Brasil.

As regras que definem o parentesco por afinidade, no Brasil, estão disciplinadas no Código Civil Brasileiro, em seu art. 1.595 e parágrafos, onde, no *caput*,

³⁵FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Direito das famílias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 463.

prevê que: “cada cônjuge ou companheiro é aliado aos parentes do outro pelo vínculo da afinidade”³⁶.

No parágrafo primeiro, é disciplinada a limitação do parentesco por afinidade “aos ascendentes, aos descendentes e aos irmãos do cônjuge ou companheiro”.

No parágrafo segundo, é estabelecido que mesmo com a dissolução do matrimônio ou da relação consistente, na linha reta, a afinidade não é extinta.

O parentesco por afinidade ocorre em linha reta ou em linha colateral assim como o parentesco natural ou civil.

Leciona Carlos Roberto Gonçalves, quanto ao parentesco por afinidade, que, há limitação no parentesco por afinidade aos parentes ascendentes e descendentes e aos irmãos do cônjuge³⁷.

A simetria utilizada para os parentes consanguíneos é utilizada para classificar a proximidade das relações por afinidade.

1.4.3 – Adoção.

Na lição de Orlando Gomes a adoção, a adoção é conceituada como “o ato jurídico pelo qual se estabelece, independentemente de procriação, o vínculo da filiação”³⁸. Ou seja, a adoção é o processo legal onde uma criança ou um adolescente passa ser filho de um casal ou de uma pessoa, passando a ter os direitos idênticos de um filho biológico.

³⁶Art. 1.595, *caput*, do CCB/02.

³⁷GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro. Vol. VI. Direito de Família**. 3ª edição revista e atualizada. Editora Saraiva. São Paulo 2007, p. 270/271 “O Código Civil considera que “cada cônjuge ou companheiro é aliado aos parentes do outro pelo vínculo da afinidade” (*caput* do artigo 1.595), no entanto, o parentesco por afinidade limita-se aos ascendentes, aos descendentes e aos irmãos do cônjuge ou companheiro. (§ 1º do artigo 1.595). Ou seja, não ultrapassa o 2º grau (vai somente até o (a) cunhado (a). Portanto, concunhado (a) (casado (a) com o (a) cunhado (a) não têm qualquer vínculo de parentesco nem vínculo de afinidade”.

³⁸GOMES, Orlando. **Direito de Família**. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 340.

1.4.3.1 – Em Portugal.

A lei portuguesa determina que quando da adoção o adotado passa a ter todos os vínculos jurídicos que originam da filiação biológica, como também determina que haja o rompimento dos laços familiares do adotado com sua família natural, exceto para os impedimentos matrimoniais.

O art. 1586º do Código Civil Português estabelece a noção de adoção, como sendo a relação filiação igual a natural, estabelecido por lei independente dos laços de sangue, conforme os arts. 1973º e seguintes do citado diploma legal.

Era admitida, pela legislação Portuguesa, duas espécie de adoção, a plena e a restrita. Porém, conforme o art. 1977º/2, do Código Civil Português, a restrita poderia ser transformada em plena quando os requisitos exigidos para esta fossem preenchidos, podendo ser feita a adoção por um casal, se esta fosse classificada como conjunta, ou por uma pessoa, se classificada como singular.

Atualmente, só há respaldo para a adoção plena apresentando, como requisitos gerais, o consentimento, a capacidade e o requisito teleológico da adoção apresentar vantagens para o adotado e, como requisitos da forma, o processo de adoção culminado por sentença judicial e o registro.

No entendimento de Madalena Alarcão, “a adoção plena é a resposta quando os pais não só contribuem como se comprometem com o adequado desenvolvimento psico-afetivo do filho”³⁹.

A adoção é definida como a ação que visa criar um vínculo legal de filiação entre o adotante e o adotado ou, considerando a adoção um estado, como o mero vínculo legal de filiação⁴⁰.

A adoção é um parentesco legal, opondo-se ao parentesco natural⁴¹, assentada numa verdade afetiva e sociológica⁴², sendo, portanto, a adoção, diversa da verdade biológica, na qual está fundado o parentesco filial.

³⁹Revista Ministério Público, nº 116 – Out/Dez 2008, in “**Incumprimento da parentalidade e comprometimento dos vínculos próprios da filiação e adoção**”.

⁴⁰SOUZA, Rabindranath Valentino A. Capelo de. **A Adopção: Constituição da relação adoptiva**. Gráfica de Coimbra. Coimbra. 1973.

⁴¹Art. 1586º CCP, dá a noção de adoção.

⁴²OLIVEIRA, Guilherme de. **Critério Jurídico da paternidade**, Coimbra, Biblioteca Geral da Faculdade (1983) p. 335 ss. Prof. Caio Mário da Silva Pereira, in **Instituições de Direito Civil**, 7ª Edição,

Nestes termos, a adoção é a forma legal que compreende na transferência dos direitos e obrigações paternos e maternos dos pais biológicos do adotado para os adotantes, além de quê, confere ao adotado todos os direitos e deveres filiais.

Assim, a adoção é “a inserção num ambiente familiar, de forma definitiva, com aquisições do vínculo jurídico próprio da filiação, segundo as normas legais em vigor, de uma criança cujos pais morreram, são desconhecidos ou não querem assumir o desempenho das suas funções parentais ou são, pelo Tribunal, considerados incapazes de as desempenhar⁴³”.

Hodiernamente, a adoção está regulada no nº 1 do Artigo 1977º a 1991º, do Código Civil Português, estabelecendo que a adoção é plena, criando os vínculos jurídicos que decorrem da filiação em toda a sua extensão, como também na Lei nº 31/2003, de 22 de agosto, na qual o processo de adoção se tornou mais célere, além de reconhecer o elevado proveito do adotado como base primordial na adoção⁴⁴.

Com o advento da Lei nº 31/2003, de 22 de agosto, a norma que regula a adoção procuro aumentar o leque de pessoas que podem adotar, pois diminuiu o requisito de idade mínima dos adotantes e de duração do casamento, bem como houve a permissão da adoção por uma só pessoa, sem embargo quanto ao seu estado civil. Também retirou o entrave, para a adoção, o fato de o casal adotante já ter filhos.

Quanto ao adotando, alargou a quantidade de crianças que podem ser adotadas, havendo a permissão da adoção de menores em situação de abandono e daqueles que se encontram, por mais de ano, na residência a cargo dos adotantes ou adotante.

A reforma estabeleceu, através do diploma legal acima referenciado, a declaração judicial de abandono⁴⁵, o que permite ao juiz prescindir o consentimento dos pais do adotando através desta.

Volume V, define adoção como “o ato jurídico, pelo qual uma pessoa recebe outro como filho, independentemente de existir entre eles qualquer relação de parentesco consanguíneo ou afim”.

⁴³BOLIEIRO, Helena; GUERRA, Paulo. **A criança e a família: uma questão de direito(s) – Visão prática dos principais institutos do Direito da família e das Crianças e Jovens**. 2.ª Edição. Coimbra Editora. 2014, p.311

⁴⁴Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 27-02-2014 (Proc. 1035/06.5TBVFX-A.L1-2); Acórdão da Relação do Porto, de 31-10-2013 (Proc. 879/09.OTBL.MG.P1).

⁴⁵Como forma a evitar perda de tempo tão penalizante para o menor, à procura dos pais com paradeiro desconhecido, surgiu esta declaração de abandono, como forma de simplificar e agilizar o processo.

A adoção assentada em um ato de direito privado⁴⁶, mediante a declaração de consentimentos pelas partes, e em um ato de direito público através da decisão judicial quando da decretação da adoção, que deverá ser feita referência expressa na motivação da sentença⁴⁷.

1.4.3.2 – No Brasil.

No Brasil, a adoção tem sua previsão desde 1828, porém, somente com o Código Civil de 1916 que houve um procedimento de adoção.

No Código Civil Brasileiro de 1916, estava refletido os valores daquela sociedade bastante conservadora e que permitia a adoção apenas para pessoas heterossexuais, casadas e sem filhos biológicos.

Na Carta Magna brasileira de 1988, no artigo 227, § 6º, foi estabelecida toda e qualquer diferença entre filhos biológicos ou adotados, determinando direitos iguais tanto para filhos biológicos como para adotados, ou seja, direito iguais à filiação.

Em 1990, com a entrada em vigor do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), em que fora regulamentado o procedimento para a adoção e, com a entrada em vigor da Lei 12.010/2009, houve várias inovações quanto à adoção, como por exemplo, a permissão para que pessoas solteiras possam adotar, desde que haja diferença de idade mínima de 16 anos entre adotado e adotante; a criação da definição quanto à família extensa, ou seja, a família composta além dos pais com os parentes próximos destes, criando vínculos de afinidade e afetividade.

No Brasil, a idade mínima para se credenciar como adotante é de 18 anos, não sendo o estado civil um impedimento.

Após a adoção, cria-se uma vinculação entre adotante e adotado, estabelecendo o parentesco civil nos termos do Código Civil Brasileiro, art. 1.626, em linha reta, ou seja, cria-se paternidade e filiação civil, de forma definitiva e irrevogável, rompendo, para o adotado, todos os vínculos que haviam com os pais biológicos, exceto

⁴⁶COELHO, Francisco Pereira, RAMOS, Rui Manuel Moura e OLIVEIRA, Guilherme de. **in Curso de Direito da Família**, Vol. II, Direito de Filiação, Tomo. I, Coimbra Editora, Edição ou reimpressão: 2006, “considera ser a adoção plena um ato jurídico complexo.”

⁴⁷A adoção protege e assegura a realização do interesse público e, por isso, exige-se a intervenção judicial para que, no momento da sua constituição, se garanta a realização desse interesse.

quanto aos impedimentos para o casamento nos termos estabelecidos na Constituição Federal, art. 227 §§ 5º e 6º⁴⁸.

Caio Mario da Silva Pereira, ressalta que a adoção apresenta efeitos quanto ao patrimônio e quanto à pessoa, do mesmo que, com a adoção nascem entre adotado e adotante as relações de parentesco⁴⁹.

1.5 – O Casamento entre pessoas do mesmo sexo.

A homossexualidade apresenta-se na história da humanidade desde os tempos mais remotos, sendo evidenciada com maior enfoque a partir dos gregos na antiguidade.

Assim, a união entre homossexuais vem sendo discutida e reconhecida em diversos países do globo terrestre.

1.5.1 – Em Portugal.

Em Portugal, a partir de Junho de 2010, o matrimônio civil é autorizado para que homossexuais possam ter uma união matrimonial, nos termos da Lei nº 9/2010, de 31 de Maio, que alterou os artigos 1577º, 1591º e 1690º do Código Civil Português.

Dispõe o diploma legal, acima citado, que o “casamento é o contrato celebrado entre duas pessoas que pretendem constituir família mediante uma plena comunhão de vida...”⁵⁰, prevendo as mesmas garantias dadas pelo Código Civil aos casais heterossexuais aos casais homossexuais que se casarem.

⁴⁸ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 484.

⁴⁹ PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de Direito Civil: Direito de Família**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 396-397. “A adoção produz efeitos pessoais e patrimoniais. Em termos genéricos, dá nascimento a relações de parentesco. Ressalvam-se, contudo, os impedimentos matrimoniais, que, por motivos de caráter moral, vigoram entre adotante e adotado, entre o adotante e o cônjuge do adotado, entre o adotado e o cônjuge do adotante, entre o adotado e o filho do adotante, o que foi recepcionado pelo art. 1.626 do Código Civil de 2002”.

⁵⁰ Art. 1577º, do Código Civil Português.

1.5.2 – No Brasil.

No Brasil, na Magna Carta de 1988, não há previsão para o reconhecimento do casamento entre indivíduos de igual sexo, porém, o Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento da ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277, reconheceu alguns direitos dados aos casais heterossexuais aos casais homossexuais, *v.g.*, pensão alimentícia, pensão do INSS, plano de saúde, dependência no imposto de renda e direitos sucessórios.

Uma Resolução do Conselho Nacional de Justiça permite aos Cartórios de Registro Civil a celebração de casamentos entre indivíduos de sexos iguais.

Assim no Brasil, mesmo com o julgamento da ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade - nº 4277/DF e com a Resolução nº 175, de 14 de Maio de 2013, do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, não há previsão legal através de uma Lei que estabeleça o casamento entre pessoas homossexuais.

Apesar de vários juristas alegarem que exista matrimônio entre indivíduos de sexos iguais, pela evolução do Instituto dos esposais, o reconhecimento de direitos não pode se dar através de Resolução ou julgado, pois estes não suprem o legislador que não disciplinou tal matéria.

2. Princípios Constitucionais do Casamento.

2.1 – Em Portugal.

O Estado social de Direito fixou, nos direitos fundamentais, direitos essencialmente dos individuais, os quais coadunados com os demais institutos do direito garantem desenvolvimento social, cultural e econômico do indivíduo.

Os princípios constitucionais no direito da família estão determinados desde a Constituição de Weimar de 1919, onde, nos artigos 119, 120 e 121, é previsto a tutela da entidade familiar, a aplicação de direito igual para os consortes, independentemente de sexo, a educação dos filhos em vista do aperfeiçoamento físico, moral e social, direitos iguais entre filhos do matrimônio e fora deste.

Em Portugal, foi na Constituição de 1933 que, pela primeira, vez a família recebeu proteção constitucional, sendo o Estado o primeiro a garantir a criação e o amparo da família como origem da proteção e evolução da pátria, art. 11º da carta Política Portuguesa de 1933.

Neste período, a formação da família estava assentada no matrimônio e na prole fundada no casamento, na paridade de direitos e deveres dos consortes em relação à manutenção da prole advinda desta união, bem como a imprescindibilidade quanto a escrituração das núpcias e natividade da prole, art. 12º, da carta Política Portuguesa de 1933.

A Constituição da República de Portugal de 1976, em vigor, estabelece no art. 36º, no título dos direitos, as liberdades e garantias, dando a todos o consentimento legal para constituir família e contrair casamento em condições de plena igualdade. Do mesmo modo, o art. 16, n. 1 da Declaração Universal dos Direitos do Homem, estabelece direito à solenidade do matrimônio civil ou religioso, igualdade de direito e deveres para os consortes, idênticas garantias e responsabilidades na manutenção e instrução da prole, igualdade de direitos entre os filhos legítimos e legitimados e a garantia de que a prole não será afastada dos genitores, exceto quando os genitores deixarem de cumprir as obrigações básicas para a prole, ressaltando que para haver a separação entre pais e filhos é necessária uma decisão judicial.

Desta forma, estão presentes as garantias institucionais, sendo a família "elemento estrutural" do agrupamento social, sendo, o que se segue, os princípios constitucionais do Direito de Família em Portugal.

2.1.1 – Direito à celebração do casamento.

O direito à solenidade do matrimônio pode ser entendido como um direito natural, inerente a todo ser humano, não podendo este direito ser atribuído a uma pessoa e negado a outra, nas mesmas condições, atendendo os requisitos previstos em lei. Assim, esse direito corresponde ao reconhecimento, pelo Estado, do casamento.

Desta forma, se houvessem normas infraconstitucionais que proibissem casamentos em função de altura, profissão ou carreira, estas seriam inconstitucionais, porém, os impedimentos, para o casamento, estabelecidos na lei civil são constitucionais.

Em Portugal, na lição do Professor Doutor Diogo Leite de Campos, o privilégio quanto à cerimônia do matrimônio refere-se, necessariamente, ao casamento reconhecido pelo Estado⁵¹, conforme o artigo 36, n.º 1⁵², 2ª parte, da Constituição da República Portuguesa, devendo ser entendido nos termos do artigo 16º, n.º 1, da Declaração Universal dos Direitos do Homem, que atribui aos nubentes o direito de casar e de constituir família “sem restrição alguma de raça, nacionalidade ou religião”⁵³.

2.1.2 – Direito a constituir família.

Nas lições do Professor Doutor Diogo Leite de Campos: “o ser humano em si é familiar. É a família que humaniza o ser humano fazendo a ponte para o ser com os outros, através da demonstração do amor – ser com os outros”⁵⁴.

⁵¹CAMPOS, Diogo Leite de. CAMPOS, Mónica Martinez de. **Lições de Direito da Família**. Edições Almedina S.A., Coimbra, 2017. p. 95.

⁵²CAMPOS, Diogo Leite de. CAMPOS, Mónica Martinez de. **Lições de Direito da Família**. Edições Almedina S.A., Coimbra, 2017. p. 94, *Aput*, CF, nomeadamente João de Castro MENDES, Art. 36º, nº 1 (Família e casamento), Estudos sobre a Constituição, obra colectiva, I, Coimbra, 1977, p. 571 e ss.; António BARBOSA DE MELO, “A família na Constituição da República”, in **Revista Communio**, 1986, p. 496 e ss.; RUI MEDEIROS, “Contitution et famille(s)”, in *Annuaire International de Justice Constitutionnel*, 2008, p. 285 e ss.

⁵³CAMPOS, Diogo Leite de. CAMPOS, Mónica Martinez de. *Op. Cit.* p. 94.

⁵⁴CAMPOS, Diogo Leite de. CAMPOS, Mónica Martinez de. *Op. Cit.* p. 13.

Em Portugal, o direito de constituir família está previsto na Constituição da República Portuguesa, no art. 36º/1, quando assim dispõe: “todos têm o direito de constituir família e de contrair casamento, em condições de plena igualdade”.

Ressalta-se a entidade familiar, quando da elaboração da Constituição Portuguesa foi considerada pelo legislador como “elemento fundamental da sociedade”, gozando de proteção da sociedade e do Estado, conforme estabelecido o art.º 67.º da CRP⁵⁵.

Desta forma, o direito de constituir família não está vinculado apenas ao direito de contrair casamento.

Este é o entendimento de J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, quando lecionam que, o direito de criar família conjuga de forma natural com o de celebrar matrimônio, pois a Carta Maior não admite a diminuição do conceito de família. O conceito constitucional de família não abrange, então, somente a “família jurídica”, havendo, dessa maneira um encargo constitucional – se não mesmo uma obrigação – para examinar a causa da eminência jurídica às uniões familiares “de facto”⁵⁶.

O matrimônio é um dos meios para a concretização da prerrogativa de constituir família, o que implica em um conjunto de efeitos na ordem jurídica⁵⁷, isto, porque foi definido pelo legislador constituinte que, quando da solenidade do matrimônio e, sendo, este, um contrato, deverá ser obedecido os requisitos definidos em lei.

2.1.3 – Competência da lei civil para regular os requisitos e os efeitos do casamento e sua dissolução, independentemente da forma de celebração.

No art. 36º/2 da CRP, é estabelecido que a lei regulará as exigências bem como as implicações das núpcias, também disporá sobre uma casual ruptura, pelo óbito

⁵⁵Art.º 68.º do texto constitucional.

⁵⁶CANOTILHO, J. J. Gomes e MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa Anotada**, 3.ª edição revista, Coimbra Editora, 1993, p. 220. “conjugando, naturalmente, o direito de constituir família com o de contrair casamento (...), a Constituição não admite todavia a redução do conceito de família à união conjugal baseada no casamento, isto é, à família “matrimonializada”.

⁵⁷CANOTILHO, J. J. Gomes e MOREIRA, Vital. ob. cit., p. 221. Garantido a “todos” “em condições de plena igualdade”, o direito de contrair casamento (...) está todavia subordinado a limites, que decorrem desde logo do facto de, sendo ele um negócio jurídico produzindo efeitos jurídico-civis, não poder deixar de pressupor ao menos a necessária capacidade jurídica (idade, etc.)”.

de um dos consortes ou divórcio, qualquer que seja a forma da cerimônia das núpcias. Contudo, desloca para a lei civil a competência para regular os requisitos e os efeitos das bodas e a sua dissolução, independentemente da forma de celebração, estabelecendo, neste ponto, a admissibilidade da ruptura em qualquer das modalidades de matrimônio.

Quanto à regulamentação dos requisitos do casamento, esta se encontra estabelecida no art.º 1577º do Código Civil Português, onde é definido a contratação do casamento e a sua celebração para pessoas do mesmo sexo ou não.

A norma determinada no art. 67º, da CRP, atinge tanto a família conjugal, como a natural e a adotiva, entendendo-se por família “natural” ou “unilinear” os filhos e os progenitores biológicos.

Assim, as relações familiares constituídas pelo matrimônio é regulada por normas constitucionais e infraconstitucionais. Estas protegem as relações entre os consortes, cada cônjuge e os seus respectivos parentes, a filiação natural e a adotiva.

Ressalta-se que, a defesa para a entidade familiar é instituída no art. 67º, da CRP, devendo, este, ser integrado com os princípios dos Direitos e Obrigações Sociais, Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e os Direitos e Deveres Fundamentais estabelecidos na Constituição.

Portanto, esta norma não apresenta a força jurídica que contém o art. 18º, quanto aos preceitos atinentes aos Direitos, Liberdades e Garantias.

2.1.4 – Admissibilidade do divórcio para quaisquer casamentos.

Este princípio, presente no art. 36º/2, da CRP, garante a igualdade no que tange o direito que todos os cidadãos têm de se divorciarem independentemente da forma de realização das bodas.

Respeitando o direito da pessoa de permanecer casado ou não torna o divórcio, assim como o matrimônio, um exercício de uma concessão legal, o qual compete exclusivamente aos consortes.

2.1.5 – Igualdade entre os cônjuges quanto à sua capacidade civil e a manutenção e educação dos filhos.

No art. 36º/3, primeira parte, está previsto a igualdade de direitos e deveres em relação à capacidade civil e política.

No Código Civil Português, no art. 1596º e seguintes, a norma prevê a capacidade civil para o casamento e a forma para o suprimento dos pais para a realização do casamento entre pessoas menores.

Prevê, também, no art. 1598º, do CCP, que a capacidade matrimonial é verificada no despacho final do processo preliminar quanto à inexistência de impedimento à realização das bodas.

Não obstante, o art. 1599º, do Código Civil Português, estabelece ressalvas para a dispensa do processo preliminar, tais como, quando do matrimônio, "*in articulo mortis*", ou seja, na urgência da parição ou quando seja taxativamente permitido a celebração, sem o processo preliminar quanto a capacidade matrimonial dos nubentes, devido a uma relevante justificativa de ordem moral.

Ressalta-se que, no art. 1599º/2, do Código Civil Português, determina que a dispensa de processo preliminar não altera as exigências estabelecidas na legislação civil quanto à capacidade matrimonial dos nubentes, permanecendo, então, estes, sujeitos às sanções estabelecidas na mesma lei.

Destarte, na legislação Portuguesa, em regra geral, todos aqueles, nos quais não há obstáculos para o matrimônio expressos na legislação, têm capacidade para contrair casamento conforme art. 1600º, do Código Civil Português.

No art. 36º/3, da Carta Política de Portugal, segunda parte, é estabelecido que os cônjuges são responsáveis pela manutenção e educação dos filhos.

Em Portugal, o dever quanto à manutenção e educação dos filhos também está previsto no art. 36º/5 CRP, que dispõe sobre atribuição aos pais do poder-dever de educação dos filhos e inseparabilidade dos filhos dos seus progenitores.

Estes dois princípios se completam, resultando que a educação dos filhos, manutenção física, espiritual e a transmissão dos conhecimentos e técnicas é atribuição

dos pais, em que o poder-dever só pode ser retirado dos pais através de decisão judicial, estando presente os requisitos estabelecidos no art. 1915º/1, do CCP.

2.1.6 – A Atribuição aos pais do dever de educação dos filhos e inseparabilidade dos filhos dos seus progenitores.

No art. 36º/5, determina-se que a atribuição dos pais para manutenção e educação dos filhos, constitui não apenas um dever, mas um direito fundamental dos pais para a realização pessoal e plena dos filhos.

O art. 68º/1, da CRP, estabelece que tanto pai como mãe esteja protegidos pela sociedade e pelo Estado quando da sua insubstituível tarefa de educar dos filhos.

Destarte, os princípios constitucionais se completam resultando que a educação dos filhos, manutenção física, espiritual e a transmissão dos conhecimentos e técnicas é atribuição dos pais, em que o poder-dever só pode ser retirado dos pais através de decisão judicial, estando presentes os requisitos estabelecidos no art. 1915º/1, do Código Civil Português.

Desse modo, a Constituição Portuguesa, com tais preceitos, resguarda os interesses dos filhos a uma educação, à convivência entre estes e os pais, bem como a transmissão dos conhecimentos e técnicas.

2.1.7 – A não discriminação entre filhos do casamento e os nascidos fora do casamento.

O artigo 26º/ 1, da Constituição da República de Portugal, determina que todos tenham através do direito à identidade pessoal, o desenvolvimento da personalidade. Assim, cada indivíduo sabendo de onde provém e conhece a sua procedência biológica e social.

Este princípio, consagrado na Constituição Portuguesa, traz a não discriminação entre filhos nascidos na constância do matrimônio e os nascidos fora do casamento, assegurando o Direito das Sucessões, conforme estabelece o art. 36º/4, da CRP, e proíbe a discriminação em relação aos filhos nascidos fora do casamento.

Extrai-se, dessa forma, que o princípio traz a proibição de designações discriminatórias, tais como “filho ilegítimo” e “filho natural”, o que revogou normas de direito civil que atribuíam melhores direitos sucessórios aos filhos “legítimos” em relação aos “ilegítimos”.

2.1.8 – Da proteção da Adoção.

A proteção da adoção é norma estabelecida desde a revisão de 1982, que adicionou o n.º 7, ao art. 36.º, da Constituição da República de Portugal, estabelecendo que a adoção é pautada em matéria estabelecida em lei, e na legislação é obrigatório a determinação de meios rápidos para a tramitação do processo.

A adoção é o vínculo que se semelha à filiação natural, mas que, independentemente de laços de sangue, se estabelece legalmente entre duas pessoas.

Esta alteração determina que para uma mudança na legislação ordinária, visando a diminuição ou restrição dos Direitos dos adotados, sem que haja um interesse público fundamental não pode ocorrer, como também proíbe que o instituto da adoção seja retirado do Direito Civil Português.

2.1.9 – Da proteção da família.

Esta tutela constitucional está prevista no art. 67.º, da Constituição da República de Portugal, criando um dever de proteção que do Estado tanto para com a entidade familiar conjugal quanto para com a natural ou adotiva.

Desta forma, o referido artigo da Constituição Portuguesa, impõe uma série de encargos para o Estado na proteção da família, com o intento de agir, de prestar e de realizar.

Assim, ao tutelar a proteção da família o Estado confirma que o ser humano em desenvolvimento harmonioso precisa das relações estabelecidas em família e que é na família que o ser humano tem o início de sua interação com outros seres humanos, bem como no desenvolvimento da sua personalidade.

2.1.10 – Da proteção da paternidade e da maternidade.

No art. 68º, da Constituição da República de Portugal, está previsto que: “os pais e as mães têm direito à proteção da sociedade e do Estado na realização da sua insubstituível ação em relação aos filhos, nomeadamente, quanto à sua educação, garantia de realização profissional e participação na vida cívica do país”.

Consequentemente, a paternidade e a maternidade são consideradas “valores sociais eminentes”, ofertando aos pais e às mães, unidos ou não pelo matrimônio, o direito à assistência da sociedade e do Estado para a consumação de suas ações em relação aos filhos, v.g., a educação destes, lhes garantindo a busca para que consigam se realizarem profissionalmente e que participem da vida cívica do país.

Às mulheres trabalhadoras, é dado o Direito durante a gravidez e, mesmo após o parto, à proteção, abrangendo, inclusive, dispensa do trabalho por período satisfatório sem que haja retribuição ou qualquer regalia.

Desta forma, os pais, genitores, desempenham, na geração e na educação dos filhos, uma tarefa de interesse social, e o art. 68º, da Constituição da República de Portugal garante uma particular proteção por parte do Estado.

O art. 69º/2, da Constituição da República de Portugal, ao estabelecer que: “o Estado assegura especial proteção às crianças órfãs, abandonadas ou, por qualquer forma, privadas de um ambiente familiar normal”, atribuiu às crianças o direito à proteção e, à sociedade e ao Estado, o dever de proporcionar o seu desenvolvimento integral e uma especial proteção contra todas as formas de opressão e, em especial, contra abusos que, eventualmente, a família e demais instituições possam exercer contra a criança.

2.1.11 – Da proteção à infância.

A Constituição da República Portuguesa, no art. 69º, em consonância com textos internacionais de ordem jurídicas alienígenas, reconhece a criança como sujeito de direitos, retirando o padrão antes existente no qual os pais tinham a submissão total dos filhos menores.

O referido artigo coadunado com a os diplomas legais internacionais, traz a obrigação do Estado e da sociedade para intervir na promoção dos direitos da criança, enquanto ator social e titular de direitos fundamentais⁵⁸.

2.2 – No Brasil.

No Brasil, o direito de família encontra-se na Constituição Brasileira de 1988, no art. 226, designando a família como base da sociedade e dando esta a proteção especial do Estado⁵⁹, no §º 1º, assentando gratuidade do matrimônio civil quando da sua solenidade⁶⁰, no §º 2º, garantindo os efeitos civis ao casamento realizado no religioso, conforme a norma⁶¹, no §º 3º, reconhecendo a união estável como entidade familiar, determinando que a norma facilite sua conversão em matrimônio⁶² e, no §º 4º, reconhecendo família formada por pai ou mãe e seus filhos⁶³. OBS.: Aqui, só foi retirado as repetições. Além de desnecessárias, poluem o texto.

No parágrafo 8º, do art. 226, da CRFB/88, a norma assegura a todos os componentes da família a assistência, coibindo violência doméstica⁶⁴.

No art. 227, da CRFB/88, são estabelecidos os deveres do Estado, da família e da sociedade quanto ao direito da criança e do adolescente à vida, à alimentação, à instrução, ao lazer, à convivência em sociedade e dentro do lar, à cultura, à profissionalização e à exclusão de qualquer violência praticada contra eles⁶⁵.

⁵⁸PORTUGAL. Constituição, 1976. **Constituição portuguesa anotada**. Jorge Miranda, Rui Medeiros. 2ª ed. revista. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2017. p. 996.

⁵⁹226, da CRFB/88. "A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado".

⁶⁰§º 1º, do art. 226, da CRFB/88. "O casamento é civil e gratuita a sua celebração".

⁶¹§º 2º, do art. 226, da CRFB/88. "o casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei".

⁶²§3º, do art. 226, da CRFB/88. "Para efeito de proteção do Estado é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar a sua conversão em casamento".

⁶³§º 4º, do art. 226, da CRFB/88. "Entende-se também como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes".

⁶⁴§º 8º, do art. 226, da CRFB/88. "O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito das suas relações".

⁶⁵No art. 227, da CRFB/88. "É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e a convivência humanitária, além de colocá-las a salvo de toda a forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão".

Há a regulamentação dos deveres de assistência, criação e educação dos filhos pelos pais, bem como o dever do filho de assistir os pais na velhice, no art. 229, da CRFB/88⁶⁶.

Também tem a previsão constitucional do amparo, pelo Estado, a família e o grupo social ao idoso, no art. 230, da CRFB/88⁶⁷.

A questão sobre a ajuda da sociedade, auxiliando na criação dos filhos de uma entidade familiar, também encontra guarita no art. 7º, inciso XII, da CRFB/88⁶⁸.

Outros princípios constitucionais do Direito de Família que podemos citar no Brasil são os seguintes:

2.2.1 – O Princípio da afetividade.

A Carta Política da República do Brasil e o Código Civil de 2002 elegeram a afetividade como sustentação da família contemporânea. Esse passa a ser o elemento mais essencial para a caracterização das entidades familiares. A partir do afeto - o qual decorre do princípio da dignidade da pessoa humana - podemos estender a definição de família e outras formas de arranjos interpessoais antes não reconhecidos como tal.

A reciprocidade de afeto é incompatível com a concepção, outrora, vigente no Código Civil de 1916, a qual reconhecia como família apenas aquela proveniente do casamento; atualmente, a própria Constituição Federal, em seu art. 226, em rol meramente exemplificativo, reconhece expressamente três modelos de família: família monoparental, união estável e casamento.

Dessa forma, a família, antes matrimonializada, passa a ser definida pela existência de afeto entre seus membros. Ou seja, o que era um fim em si mesmo, passa a ser visto como um instrumento para que cada um de seus membros atinja a sua felicidade. Sendo intitulada como concepção eudemonista da família.

Em relação ao afeto, faz-se mister reconhecer as relações desbiologizadas. Dentre elas, a chamada filiação socioafetiva. Por meio dela, torna-se possível o registro

⁶⁶Art. 229, da CRFB/88. "Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade".

⁶⁷Art. 230, da CRFB/88. "A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas ...".

⁶⁸Art. 7º, inciso XII, da CRFB/88. "salário-família pago em razão do dependente do trabalhador de baixa renda nos termos da lei".

da paternidade de uma criança baseado na chamada “posse de estado de filho”. Assim, o genitor da criança seria quem ela reconhece como tal. Trata-se, portanto, do reconhecimento jurídico do afeto, com o claro objetivo de garantir a felicidade.

2.2.2 – O Princípio da solidariedade familiar.

A lei maior da República Federativa do Brasil reconhece a solidariedade social como um de seus objetivos fundamentais⁶⁹, no intento de construir uma sociedade livre, justa e democrática. Nesse sentido, em uma perspectiva civil-constitucional, tal princípio repercute no seio da família, eis que a solidariedade deve existir nesses relacionamentos pessoais.

A solidariedade consiste no que cada indivíduo deve ao outro, determinando deveres recíprocos de cuidado. Portanto, acaba por estabelecer a assistência moral e financeira e o amparo entre os integrantes de uma mesma entidade familiar.

Nessa perspectiva, a lei aproveita-se da solidariedade para gerar deveres recíprocos entre os integrantes de um mesmo grupo familiar, esquivando-se da obrigação de garantir, sozinha, o cumprimento de todos os direitos que são garantidos ao cidadão. Como exemplo, no seu art. 227, a Carta Maior estipula que é dever, primeiramente, da família, depois, do corpo social e, só então, dos órgãos estatais, garantir à criança e ao adolescente, com integral prevalência, determinados direitos fundamentais.

O dever alimentar também decorre do princípio da solidariedade; do mesmo modo, a lei civil também o consagra ao determinar que o matrimônio estabeleça a união absoluta de existência⁷⁰.

2.2.3 – O Princípio da proteção do idoso.

Assenta a Constituição Federal que a família, a sociedade e o Estado têm a incumbência de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na

⁶⁹Art. 3º, da CF/88. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária.

⁷⁰Art. 1.511, CCB. “O casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges”.

comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à sua existência⁷¹.

Portanto, para dar aplicação a tal norma constitucional, foi promulgado o Estatuto do Idoso, Lei nº 10.741/2003. Esse dispositivo normativo, inspirado pelo princípio da solidariedade familiar, cuidou de estabelecer, em favor do credor alimentando (maior de 60 anos), uma solidariedade passiva entre os parentes obrigando-os ao pagamento da pensão alimentícia, no seu art. 11. A previsão de que os alimentos deverão ser prestados ao idoso conforme a norma civil⁷², no art. 12, regula que esta obrigação é solidária entre as pessoas responsáveis pela prestação⁷³.

Assim, poderá o alimentando idoso demandar qualquer dos legitimados passivos, exigindo o pagamento integral da pensão devida. Não existe, dessa forma, ordem de preferência entre os prestadores, nos termos do art. 14⁷⁴, da norma supracitada.

Conclui-se, portanto, que, atendendo a vulnerabilidade presumida das pessoas que contam com mais de 60 anos, faz-se necessário que a lei estabeleça uma proteção especial a tais cidadãos.

2.2.4 – O Princípio da função social da família.

No amparo do Código Civil de 1916, a família era vista como um fim em si mesmo. Nesse sentido, nas primeiras décadas de sua vigência, o divórcio não era permitido, a filiação era única e exclusivamente sanguínea, e aos filhos havidos fora do casamento não eram assegurados os mesmos direitos que aos filhos ditos “legítimos”. Ou seja, o Estado, intervindo excessivamente no seio dos arranjos familiares, tinha uma finalidade principal: conservá-los, ao custo de tudo e de todos.

Com a chamada funcionalização social da família, esta foi perdendo a sua finalidade em si mesma para passar a ter um fim maior, qual seja, a felicidade de seus

⁷¹Art. 230. CF/88. A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida.

⁷²Art. 11, da Lei nº 10.741/2003. “Os alimentos serão prestados ao idoso na forma da lei civil”.

⁷³Art. 12, da Lei nº 10.741/2003. “A obrigação alimentar é solidária, podendo o idoso optar entre os prestadores”.

⁷⁴Art. 14, da Lei nº 10.741/2003. “Se o idoso ou seus familiares não possuírem condições econômicas de prover o seu sustento, impõe-se ao Poder Público esse provimento, no âmbito da assistência social”.

integrantes. A família, portanto, passa a ter como objetivo a realização do projeto individual de cada membro que a compõe e a sua própria felicidade. Tornando-se a família eudemonista.

A família, portanto, assume um caráter eminentemente instrumental: um instrumento para a realização pessoal dos anseios e pretensões de seus integrantes. Esta é a função social da família.

Como consectário desse princípio, observamos a necessidade do respeito à igualdade entre os cônjuges, o respeito à diferença aos arranjos familiares não estandardizados, pois, em todos esses casos busca-se a concretização da função social da família.

2.2.5 – O Princípio da plena proteção das crianças e dos adolescentes.

Estabelece a Carta Magna do Brasil, no *caput* do art. 227, que os filhos menores gozam, no seio da família, de plena proteção e prioridade absoluta em seu tratamento.

Portanto, todos os integrantes da entidade familiar, especialmente os seus genitores, deverão proporcionar adequados meios de promoção intelectual, cultural e moral das crianças e adolescentes.

O art. 1.637, do Código Civil Brasileiro, prenuncia que se ocorrer inobservância aos deveres decorrentes do poder familiar pelos genitores, poderá acarretar, inclusive, na destituição do poder familiar.

O Código Civil Brasileiro preceitua, ainda, como dever conjugal dos companheiros, a guarda, o sustento e a educação dos rebentos menores de idade⁷⁵.

Na ótica civil-constitucional, a guarda total deste princípio é observada quando é estabelecido o melhor ou maior interesse da criança, ou *thebestinterestofchild*, cuja livre interpretação é “o melhor interesse da criança”, conforme previsto pela

⁷⁵Art. 1.566. São deveres de ambos os cônjuges: IV - sustento, guarda e educação dos filhos; Art. 1.724. As relações pessoais entre os companheiros obedecerão aos deveres de lealdade, respeito e assistência, e de guarda, sustento e educação dos filhos.

convenção de Haia. Portanto, objetiva-se, com tal princípio, preservar o melhor interesse existencial dos filhos.

O Código Civil adotou expressamente tal princípio ao prever a prevalência da guarda compartilhada sobre a guarda unilateral, por atender àquela de forma mais adequada aos interesses dos rebentos. Consiste a primeira nas situações das quais um genitor detém a guarda unilateral; no entanto, o outro tem a regulamentação de visitas em seu favor.

2.2.6 – O Princípio da convivência familiar.

O conteúdo fundamental de tal princípio consiste na circunstância da qual dever-se-á dar preferência na manutenção dos integrantes de um mesmo núcleo familiar. Ou seja, em outras palavras, em regra, eles deverão permanecer juntos; o seu afastamento ocorrerá apenas em situações excepcionais, devidamente fundamentadas por algum interesse superior observado pelo Poder Judiciário, a exemplo da adoção e da destituição do poder familiar por descumprimento de algum de seus deveres previstos em lei.

Nessa perspectiva, o Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu artigo 23, não permite que a prole seja separada dos genitores por falta ou carência de recursos materiais. Dessa forma, ao estipular que motivos de ordem econômica não autorizam a perda ou a interrupção do poder familiar, o dispositivo está dando concretude ao princípio da convivência familiar.

Alguns autores defendem, ainda, que tal direito à convivência se aplicasse, também, a outros integrantes do núcleo familiar, tais como irmãos, tios, avós, tios-avós, primos, etc., com os quais a criança ou adolescente mantém vínculos de afeto.

Percebe-se, portanto, que o princípio da convivência familiar deve ser visto sob o viés do princípio da afetividade, o que leva em consideração a acertada relevância ao menor.

2.2.7 – O Princípio da intervenção mínima do Estado no direito de família.

Ao amparo do Código Civil de 1916, o Estado coloca os seus tentáculos em vários aspectos do direito de família: determinava que houvesse apenas um único modelo de família reconhecido e tutelado pelo direito; por muitas vezes estipulou prazos para que houvesse o convertimento da separação judicial ou de fato em divórcio e negava a proteção aos filhos “ilegítimos”, em uma perspectiva repressiva.

Com o passar das décadas, o Estado foi abandonando a figura de protetor-repressor para assumir a figura de protetor-assistencialista. Ora, não se trata de um Estado absenteísta ou ingerente, mas um Estado o qual a sua intervenção se dá nos exatos limites de tutelar os núcleos familiares, concedendo-lhes garantias, considerando o afeto e a felicidade de seus membros.

Nesse sentido, determina o art. 1.513, do Código Civil Brasileiro, em vigência, a proibição de interferência na vida familiar por qualquer pessoa, pública ou particular. Assim, a ingerência de órgãos estatais na família se dá para garantir-lhe apoio e a sua devida assistência, não podendo, dessa forma, definir, em padrões apriorísticos, a definição de família. Isso afrontaria o princípio do afeto, visto que a afetividade humana poderá se dar entre as numerosas e inesperadas formas de arranjos familiares, muitas vezes, não aceitas pela moral e pela religião.

Um exemplo do princípio da intervenção mínima do Estado no Direito de Família (também chamado de princípio da liberdade) se dá na CFRB, quando o seu art. 226 prevê um rol meramente exemplificativo de modelos familiares; na previsão do planejamento familiar, a qual é de soberana a deliberação dos consortes; na possibilidade de divorciar-se, independentemente de prévia separação de fato ou judicial, consistindo em um verdadeiro direito potestativo e na prerrogativa do casal modificar o regime de bens, devendo o juiz apenas homologar a vontade das partes⁷⁶.

Portanto, a rejeição da interferência do Estado nos arranjos familiares é a regra; excepcionalmente, caberá ao estado intervir, apenas quando necessário, ou seja, quando houver ameaça ou lesão a interesse jurídico de qualquer dos membros do núcleo

⁷⁶Art. 1.639, § 2º, CCB. É lícito aos nubentes, antes de celebrado o casamento, estipular, quanto aos seus bens, o que lhes aprouver. § 2º É admissível alteração do regime de bens, mediante autorização judicial em pedido motivado de ambos os cônjuges, apurada a procedência das razões invocadas e ressalvados os direitos de terceiros.

familiar. Ou seja, se não há periclituação de direitos fundamentais, não há a utilidade da intervenção do Estado.

2.2.8 – A Proteção da dignidade da pessoa humana.

Enuncia o art. 1º, inciso II, da Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988, que o Estado Democrático de Direito Brasileiro possui sustentáculo na dignidade da pessoa humana.

Versa-se, para alguns doutrinadores, de um macro princípio, ou princípio máximo, do qual se irradiam todos os demais. O princípio da dignidade da pessoa humana possui dois aspectos principais, um negativo e um positivo: o primeiro, consiste em um freio para a atuação estatal; o segundo, consiste em um norte para sua atuação positiva. Assim, “o Estado não tem o dever apenas de abster-se de praticar atos que atentem contra a dignidade humana, mas deve, também, promover essa dignidade através de condutas ativas, garantindo o mínimo existencial para cada ser humano em seu território”⁷⁷.

Ademais, tal princípio significa, também, uma igualdade de tratamento para todos os modelos de arranjos familiares. Não podendo, portanto, a lei conceder benesses e garantias a determinados núcleos familiares, negando-as a outros. Assim, o princípio da dignidade da pessoa humana, com seus contornos cada vez mais amplos, desdobra-se no princípio da igualdade.

A exemplo da aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana, podemos citar a Súmula n. 364 do Superior Tribunal de Justiça, que reconhece que a impenhorabilidade do bem de família abrange o imóvel pertencente a pessoas solteiras, separadas e viúvas. Dessa forma, apesar de uma pessoa, sozinha, não poder constituir família, isto porque a família pressupõe, no mínimo, 2 integrantes, deve-se atender a intenção do legislador ao elaborar a Lei nº. 8.009/90. Esta possui como objetivo proteger todas as pessoas e não apenas um grupo específico. O julgador, portanto,

⁷⁷SARMENTO, Daniel. **A Ponderação de Interesses na Constituição Federal**. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2002, p. 60.

utilizando-se da interpretação teleológica, ampliou o conceito de bem de família para “*bem do patrimônio mínimo*”⁷⁸.

Outro exemplo da aplicação de tal princípio consiste na tese do abandono paterno-filial. O abandono dos pais em relação aos seus filhos, segundo determinada jurisprudência, consistiria em uma afronta ao princípio da dignidade da pessoa humana, ensejando, portanto, a reparação devida aos últimos. No entanto, mister é, recordar que a indenização, segundo o Superior Tribunal de Justiça, deverá ser proveniente da violação ao dever de cuidado e não de afeto. Nesse sentido, o acórdão proferido no Recurso Especial n. 1159242, da Lavra da Ministra Nancy Andri ghi, da Terceira Turma, preceitua que: “amar é faculdade, cuidar é dever”⁷⁹.

Como último exemplo da aplicação do macro princípio da dignidade da pessoa humana, se faz importante citar um julgado do Supremo Tribunal Federal brasileiro que reconheceu a igualdade entre a paternidade socioafetiva e a biológica. Trata-se, portanto, do reconhecimento da multiparentalidade.

2.2.9 – O Princípio da igualdade entre os filhos.

Durante muito tempo, no início da vigência do Código Civil de 1916, a lei, de maneira absurda, negava a existência da prole “ilegítima”. O pai, mesmo cometendo crime de adultério, safava-se do poder familiar. Colocava-se, portanto, os filhos tidos fora do casamento em uma situação de marginalização, com clara afronta ao princípio da dignidade da pessoa humana.

A vedação do reconhecimento da prole extracasamento foi, durante a vigência do Código anterior, alvo de sucessivos abrandamentos. Somente com a Constituição Federal de 1988 que se proibiu qualquer discriminação e diferenciação de direitos entre os filhos havidos na constância do matrimônio e os fora deste.

⁷⁸TARTUCE, Flavio. **Novos princípios do direito de família brasileiro**. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 02 jan. 2009. [Em Linha]. [Consult. 28 Abr. 2019]. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.22637>.

⁷⁹Vê-se hoje nas normas constitucionais a máxima amplitude possível e, em paralelo, a cristalização do entendimento, no âmbito científico, do que já era empiricamente percebido: o cuidado é fundamental para a formação do menor e do adolescente; ganha o debate contornos mais técnicos, pois não se discute mais a mensuração do intangível – o amor – mas, sim, a verificação do cumprimento, descumprimento, ou parcial cumprimento, de uma obrigação legal: cuidar. (Ac. STJ, de 24-04-2012, REsp.1.159.242-SP (2009/0193701-9), Rel. Min. Nancy Andringhi)

Nesse sentido, dispõe o art. 227, parágrafo sexto, da Carta Maior e o art. 1.596, do Código Civil que, sendo filho na constância de um casamento ou não e os adotados têm os mesmos direitos, sendo proibido qualquer tipo de discriminação em relação à filiação⁸⁰.

O princípio da igualdade entre os filhos decorre do princípio da isonomia, ou igualdade em sentido amplo, conforme o art. 5º, caput, da Constituição Federal do Brasil: “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza ...”.

Depreendi, portanto, que todos os filhos, havidos ou não na constância do matrimônio, têm direitos iguais perante a lei. Ademais, tal igualdade abrange os filhos socioafetivos, os filhos adotivos e aqueles frutos de inseminação artificial (com material genético de terceiro).

2.2.10 – A Dissolubilidade do vínculo do casamento.

Por muito tempo, no Brasil, vigorou o regime da inseparabilidade total da união marital, salvo por morte ou por anulação. Nesse período, havia apenas o desquite, instituto de influência canônica, o qual permitia apenas o rompimento do matrimônio com a manutenção da relação conjugal. Tal regime criava grandes problemas, pois ambos os cônjuges desquitados estavam impossibilitados de contraírem novas núpcias, dando origem, apenas, a famílias clandestinas, as quais ficavam desamparadas juridicamente.

Em 1977, foi promulgada a Lei do Divórcio n. 6.515, a qual prevê a possibilidade de dissolução do matrimônio, entretanto, um dos requisitos é que houvesse anterior separação judicial e um motivo razoável para tanto, o qual seria auferido pelo órgão julgador. Dessa forma, a separação judicial (o antigo “desquite”) durante o período de, no mínimo, 3 anos, passa a ser um requisito essencial para a seu posterior convertimento em divórcio.

A imposição para aguardar um lapso temporal entre a separação judicial e o divórcio foi uma forma que o Estado encontrou de, indevidamente, intervir no âmbito

⁸⁰Art. 227, parágrafo sexto, da CRFB/88 e o art. 1.596 do Código Civil Brasileiro “os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”.

familiar. Alegando, contudo, que o objetivo do legislador era instar os separados a uma reconciliação.

Com a Constituição da República Federativa do Brasil promulgada, em 1988, houve a previsão do divórcio direto; no entanto, mantinha-se o divórcio indireto, qual fosse aquele que necessitava de prévia separação.

No ano de 2010, contudo, houve a aprovação da Emenda Constitucional 66; tal dispositivo normativo, modificou o art. 226 da CF/88 o qual deixou de contemplar a separação judicial na Carta Maior, desaparecendo, portanto, o lapso temporal exigido para converter a separação judicial em divórcio. Ademais, a causa do divórcio deixou de ser averiguada, pois a discussão da culpa deixou de ser relevante.

Dessa forma, o divórcio e os esposais, passa a ser meramente um exercício soberano dos nubentes de se casar ou não ou de divorciar-se ou não.

2.2.11 – Monogamia.

Alguns autores discutem se a monogamia seria um princípio do casamento. Primeiramente, o art. 1.566, inciso I, do CC/04, prevê que é dever de ambos os cônjuges a fidelidade recíproca, podendo, inclusive, a violação desse dever, ensejar consequências indenizatórias ao cônjuge que se sentiu lesado.

Importante, também, é ressaltar que o Estado, à luz do princípio da intervenção mínima no Direito de Família, não poderá impor a monogamia como um valor absoluto, de maneira coercitiva. Isto porque, no que se refere ao afeto, são os cônjuges que deverão estabelecer as regras de sua convivência, respeitando sempre a sua própria dignidade.

Portanto, observa-se que nas Constituições Portuguesa e Brasileira os princípios e a regulamentação quanto ao Direito de Família, estão neste, amplamente presente, demonstrando o interesse do estado em regular as normas das relações familiares que anteriormente se apresentava de caráter privado e contratual.

2.2.12 – Direito a celebração do casamento.

O direito à solenidade do matrimônio pode ser entendido como um direito natural, inerente a todo ser humano, pois não há como este direito ser dado a uma pessoa e negado a outra, nas mesmas condições, atendidos os requisitos assentados em lei.

Desta forma, se houvessem normas infraconstitucionais que proibissem casamentos em função de altura, profissão ou carreira, estas seriam inconstitucionais, porém, os impedimentos, para o casamento, estabelecidos na lei civil são constitucionais.

2.2.13 – Direito a constituir família.

Na lição de Pablo Stolze a família é “o núcleo existencial integrado por pessoas unidas por vínculo socioafetivo, geologicamente vocacionada a permitir a realização plena dos seus integrantes”.

Dessa forma, depreende-se que, para que haja família, é necessário a presença de, no mínimo, dois indivíduos. Ademais, essas pessoas deverão ser unidas por um vínculo de afetividade, não sendo um requisito que esta família seja biológica, poderá, ou não, sê-la.

As núpcias é um dos meios para a concretização do direito de constituir família, que implica em um conjunto de efeitos na ordem jurídica. Isto porque foi definido pelo legislador constituinte que quando da cerimônia do matrimônio e, sendo este, um contrato, deverão ser obedecidos requisitos definidos em lei.

O modelo de família constituída pelo matrimônio está estabelecido no art. 226 da Constituição Federal Brasileira.

O casamento é a forma mais tradicional de constituição de família, a qual é formada por duas pessoas que, após um prévio processo de habilitação, celebram o casamento, manifestando vontade de constituir uma união integral por toda a vida.

Destarte, o rol do art. 226, da CFRB/88 não é taxativo, mas sim, exemplificativo, ou seja, admitem-se como família outros arranjos interpessoais socioafetivos, tais como as famílias anaparentais, as pluriparentais, etc.

Durante a vigência do Código Civil de 1916, o direito de constituição de família era extremamente restrito: a família era constituída somente pelo matrimônio. O Direito não reconhecia outra forma de constituição de família, ou seja, caso não houvesse casamento, não haveria a proteção jurídica dos seus integrantes, não haveria direito à meação, à herança ou a obrigação de prestar alimentos entre os seus membros, independentemente do fato de, entre eles, haver laços de afetividade, os quais eram ignorados.

Porém, com a promulgação da Constituição Brasileira, em outubro de 1988, e com a implantação do Estado Democrático de Direito, o direito de constituir família teve uma maior amplitude, basta que haja duas pessoas, ligadas por laços afetivos, que prestem mútua assistência entre si. Não se exige o critério biológico, podendo, então, ser um laço meramente socioafetivo.

O art. 226, § 5º, da CRFB/88, prevê que sejam exercidos, por ambos os cônjuges, os direitos e obrigações quanto à união nupcial. Nesta esteira, o Código Civil de 2002, seguindo esta orientação traçada pela Constituição da República, prevê deveres iguais para ambos os cônjuges.

O princípio da igualdade, previsto pela Carta Maior, relaciona-se diretamente com a redução das desigualdades no plano fático. No qual o Estado deverá, de um lado, proibir a discriminação e não discriminar e, de outro, atuar, de maneira positiva, para uma real redução das desigualdades.

Diferentemente do Código Civil de 1916, o Código de 2002, à luz do direito civil-constitucional, previu que a direção da união nupcial será exercida, em colaboração, pelos esposos, sempre no interesse do casal e dos filhos (art. 1.567, caput, CC). Dessa forma, abandonou-se a configuração existente do pátrio poder, instituindo o chamado poder familiar, exercido por ambos os consortes, em conjunto. Ademais, em havendo divergência entre o casal na direção da união nupcial, qualquer um deles poderá recorrer ao juiz, o qual decidirá (art. 1.567, parágrafo único, CC).

2.2.14 – A Igualdade entre os cônjuges.

Na Constituição Federal da República Federativa do Brasil, em seu art. 226, § 5º, a isonomia entre os esposos é estabelecida⁸¹, o Código Civil, seguindo a orientação traçada pela Carta Maior, prevê que os esposais estabelecem ligação integral de vida, com sustentação na paridade de direitos e deveres dos consortes⁸². Diante dessa igualdade, é plenamente possível que o ex-marido pleiteie alimentos de sua ex-esposa, isto, estando presente o binômio necessidade-possibilidade. Ademais, se for da vontade de um dos consortes, este poderá acrescentar ao seu o nome do outro⁸³.

Nesse contexto, a igualdade dos consortes acarreta, também, a igualdade na chefia familiar. Dessa forma, a direção da união nupcial será exercida, em colaboração, pelo esposo e a esposa, sempre no interesse do casal e dos filhos⁸⁴. Abandona-se, portanto, a figura ditatorial do pátrio poder, a qual foi substituída pelo poder familiar.

Na vigência do Código Civil de 1916, havendo divergência dos pais quanto ao exercício do poder familiar, prevalecia a vontade do pai. Atualmente, com a inserção do poder familiar, é assegurado a qualquer um dos consortes recorrer ao juiz para a solução do desacordo⁸⁵.

De acordo com o art. 1.566, III e IV, do Código Civil de 2002, são deveres de ambos os cônjuges a mútua assistência, o sustento, a guarda e a educação dos filhos. Determina-se, portanto, os mesmos deveres a ambos os cônjuges, os quais deverão concorrer, na proporção de seus bens e dos rendimentos do trabalho, para o sustento da família e a educação dos filhos (art. 1.568, caput).

2.2.14.1 – quanto à capacidade civil.

No direito brasileiro, a idade núbil, para casar, é atingida no dia do aniversário do indivíduo, em que ele completa dezesseis anos de idade.

⁸¹Art. 226, § 5º, CRFB/88. “os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”.

⁸²Art. 1.511, CCB. “O casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges”.

⁸³Art. 1.565. § 1º, CCB. “Qualquer dos nubentes, querendo, poderá acrescer ao seu o sobrenome do outro”.

⁸⁴Art. 1.567, CCB. “A direção da sociedade conjugal será exercida, em colaboração, pelo marido e pela mulher, sempre no interesse do casal e dos filhos”.

⁸⁵Art. 1.567, CCB. Parágrafo único. “Havendo divergência, qualquer dos cônjuges poderá recorrer ao juiz, que decidirá tendo em consideração aqueles interesses”.

No entanto, optando os nubentes por casarem com dezesseis ou dezessete anos de idade, é imprescindível, para isso, que haja a aquiescência dos genitores ou os representantes legais dos noivos que não possuem a maioridade civil⁸⁶. Até à solenidade das núpcias, podem os pais ou tutores revogar a autorização⁸⁷.

Faz-se mister recordar que a autorização dos pais é conjunta, ou seja, realizada por ambos os pais ou por apenas um deles, na falta do outro. Caso haja divergência entre a vontade de ambos os genitores, deverá o juiz decidir, mediante devida provocação⁸⁸.

Ademais, caso a denegação do consentimento seja injusta, os menores poderão valer-se da via judicial, mediante ação de suprimimento de consentimento⁸⁹. Trata-se procedimento de jurisdição voluntária, com atuação do Ministério Público ou Defensoria Pública, dada a incapacidade dos nubentes.

É possível, também, a antecipação da capacidade núbil, em duas hipóteses especiais, quais sejam: para evitar imposição ou cumprimento de pena criminal ou em caso de gravidez⁹⁰. Ou seja, excepcionalmente, é possível o casamento do menor de 16 anos, mediante suprimimento judicial de idade.

A primeira hipótese do art. 1.520 perdeu sua razão de ser, devido a revogação dos incisos VII e VIII, do art. 107, do Código Penal brasileiro, os quais previam a extinção da punibilidade pelo casamento.

Segundo o art. 5º, parágrafo único, inciso II, do Código Civil Brasileiro, as núpcias são causa de emancipação legal. Dessa forma, antecipa-se a capacidade plena dos nubentes, com a devida autorização de seus respectivos representantes legais ou do juiz.

⁸⁶ Art. 1.517, CCB. “O homem e a mulher com dezesseis anos podem casar, exigindo-se autorização de ambos os pais, ou de seus representantes legais, enquanto não atingida a maioridade civil”.

⁸⁷ Art. 1.518, CCB. “Até a celebração do casamento podem os pais ou tutores revogar a autorização.” (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência).

⁸⁸ Art. 1.517. Parágrafo único, CCB. “Se houver divergência entre os pais, aplica-se o disposto no parágrafo único do art. 1.631”. Art. 1.631. Parágrafo único, CCB. “Divergindo os pais quanto ao exercício do poder familiar, é assegurado a qualquer deles recorrer ao juiz para solução do desacordo”.

⁸⁹ Art. 1.519, CCB. “A denegação do consentimento, quando injusta, pode ser suprida pelo juiz”.

⁹⁰ Art. 1.520, CCB. “Não será permitido, em qualquer caso, o casamento de quem não atingiu a idade núbil, observado o disposto no art. 1.517 deste Código.” (Redação dada pela Lei nº 13.811, de 2019).

No direito brasileiro, a emancipação poderá ser voluntária, judicial ou legal. Dentre as hipóteses de emancipação legal, está o casamento. Dessa forma, celebrando o matrimônio, os cônjuges menores de idade alcançam a capacidade civil plena.

Uma corrente doutrinária defende que, quando um ou ambos os cônjuges se casarem antes da idade núbil, por conta de gravidez, o juiz, norteado pelo princípio do *bestinterestofthechild* e da proteção integral, poderá negar os efeitos emancipatórios, com o objetivo de proteger a criança e o adolescente.

Importante ressaltar, também, que em caso de divórcio, caso o emancipado não atingiu, na data do divórcio, a idade de 18 anos, não retorna à anterior situação de incapacidade, uma vez que os efeitos do divórcio são *ex nunc*.

Ademais, para que os pretendentes celebrem o casamento, faz-se necessário auferir a ausência de impedimentos matrimoniais entre eles.

O art. 1.521 trata desses impedimentos, ao estipular que “as núpcias não podem ser realizadas entre os ascendentes e descendentes natural ou civil, os parentes por afinidade na linha reta, o cônjuge do adotado com o adotante, os irmãos unilaterais ou bilaterais e demais colaterais, até o terceiro grau, bem como o cônjuge que sobrevive com o condenado por homicídio ou tentativa de homicídio contra o seu consorte”.

Assim, o impedimento é uma proibição concreta para casamento entre certas pessoas, em que a lei estipula essa proibição por razões biológicas, sociais ou morais.

Todos os impedimentos matrimoniais são de ordem pública e, caso haja a celebração de um casamento com impedimento matrimonial, este será eivado de nulidade absoluta. Portanto, esse casamento não produzirá nenhum efeito, salvo se reconhecida a sua putatividade⁹¹.

Portanto, a solenidade dos esposais apresenta-se como uma faculdade exercida pela soberana vontade dos nubentes, que pode ser exercida ou não, podendo ser realizada por qualquer pessoa, em regra, capaz; contando que, entre os nubentes não haja algum impedimento matrimonial.

⁹¹Art. 1.561, do Código Civil Brasileiro: “Embora anulável ou mesmo nulo, se contraído de boa-fé por ambos os cônjuges, o casamento, em relação a estes como aos filhos, produz todos os efeitos até o dia da sentença anulatória”.

2.2.14.2 – Quanto à manutenção e educação dos filhos.

Quanto à disposição constitucional de proporcionar o sustento e educação aos filhos, esta é prevista como obrigação tanto do estado quanto da família⁹².

Atualmente, no Brasil, um dos deveres matrimoniais comum a ambos os cônjuges, é prescrito na Lei nº 10.406, de 10 de Janeiro de 2002, CCB, art. 1.566, qual seja a determinação do sustento, a guarda e educação dos filhos. Grande parcela da doutrina critica tal, disposição pela razão de que tais deveres não decorrem propriamente do matrimônio, mas sim da condição de pais.

O não cumprimento de tal obrigação pela família é tipificado no art. 246, do Código Penal Brasileiro, como crime de abandono intelectual, além de constituir infração administrativa, nos termos do art. 249, do Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990.

Ademais, o descumprimento de tais deveres enseja a extinção do poder familiar⁹³. Portanto, a obrigação de sustentar, guardar bem como promover a educação dos filhos, impõe-se aos pais e mães, independentemente do fato de serem casados, conviventes, divorciados, viúvos ou solteiros.

Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald, quanto ao dever de sustentar, guardar e educar os filhos leciona que, nesse sentido, estes deveres não estão vinculados ao casamento, mas sim à paternidade e à maternidade⁹⁴.

Percebe-se, portanto, que tais deveres decorrem, na verdade, do chamado poder familiar. Trata-se, este, de um verdadeiro poder-dever, exercido pelos genitores, mas sempre no interesse da prole.

Entretanto, na vigência do Código Civil de 1916, o poder familiar era chamado de pátrio poder, este era assegurado exclusivamente ao marido, chefe do grupo

⁹²Art. 205, CRFB/88. “A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho”.

⁹³Art. 1.637, CCB. “Se o pai, ou a mãe, abusar de sua autoridade, faltando aos deveres a eles inerentes ou arruinando os bens dos filhos, cabe ao juiz, requerendo algum parente, ou o Ministério Público, adotar a medida que lhe pareça reclamada pela segurança do menor e seus haveres, até suspendendo o poder familiar, quando convenha”.

⁹⁴Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald, **Direito das Famílias**, Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2009, p. 194. “Não nos parece, porém, cuidar essa hipótese de um efeito tipicamente matrimonial. Efetivamente, a guarda, sustento e educação da prole parece estar mais razoavelmente ligada a deveres decorrentes da paternidade ou maternidade, que, por lógico, independem da existência ou não de um casamento”.

familiar. Apenas na sua falta ou impedimento é que a chefia da sociedade conjugal passava à mulher, a qual assumia o exercício do pátrio poder sobre a prole. A discriminação era tanta que, caso a viúva viesse a contrair núpcias novamente, ela perderia o poder familiar em relação aos filhos do casamento anterior, inclusive⁹⁵.

Foi apenas com o Estatuto da Mulher Casada, a Lei n. 4.121/62, que alterou o Código Civil de 1916 e assegurou o pátrio poder a ambos os genitores, exercido pelo marido com a colaboração da mulher, art. 233, com a redação conferida pela Lei 4.121/62. Entretanto, a desigualdade ainda persistia, pois havendo divergência entre o marido e a mulher, prevalecia a vontade do varão, podendo a esposa recorrer à justiça.

Com a Constituição Federal de 1988, foi assegurado tratamento isonômico ao esposo e à esposa, outorgando a ambos o desempenho do poder familiar em relação à prole. A família, antes hierarquizada, deixou de ter um caráter de dominação para se tornar sinônimo de proteção. O princípio da proteção integral deu nova roupagem ao poder familiar; agora, o inadimplemento dos deveres, a ele inerentes, configura infração suscetível a pena de multa⁹⁶.

As obrigações que defluem do poder familiar são *intuitu personae* e decorrem da filiação natural, da legal e da socioafetiva. Como suas características, podemos citar: irrenunciável, intransferível, inalienável e imprescritível.

Ao poder familiar, exercido pelos pais, sujeitam-se os filhos, desde o nascimento até o implemento da maioridade civil (dezoito anos).

Este é exercido, em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe. Tanto a titularidade quanto o exercício do poder familiar divide-se, igualmente, entre ambos os genitores. Caso seja desconhecido o pai, o poder familiar, por óbvio, é exercido apenas pela mãe (art. 1.633, Código Civil Brasileiro de 2002). Falecidos ou desconhecidos ambos os genitores, os filhos ficam sob tutela (art. 1.728, I).

Ademais, considerando-se o princípio da afetividade, tais deveres, decorrentes do poder familiar, não se resumem meramente ao campo material, trata-se,

⁹⁵Art. 393, CCB de 1916.

⁹⁶Art. 249, ECA - Lei nº 8.069 de 13 de Julho de 1990. “Descumprir, dolosa ou culposamente, os deveres inerentes ao pátrio poder familiar ou decorrente de tutela ou guarda, bem assim determinação da autoridade judiciária ou Conselho Tutelar: (Expressão substituída pela Lei nº 12.010, de 2009) Vigência Pena - multa de três a vinte salários de referência, aplicando-se o dobro em caso de reincidência”.

principalmente, de deveres referentes ao campo existencial. Assim, os pais deverão satisfazer as necessidades dos filhos de ordem afetiva, proporcionando-lhes amor, carinho e afeto.

Nesse sentido é a possibilidade de responsabilização civil do genitor por abandono afetivo, o qual se dá pelo descumprimento do dever de conviver com a prole.

O poder familiar, mesmo na possibilidade do divórcio, continua sendo exercido por ambos os genitores. Ou seja, mesmo que solvido o relacionamento entre os pais, tal situação não interfere no poder familiar em relação aos filhos⁹⁷.

Os filhos, dessa forma, permanecerão sob a guarda compartilhada de ambos os genitores, ainda que, entre eles, não haja acordo. Ademais, persiste a obrigação de ambos de prover o sustento da prole⁹⁸.

Ou seja, mesmo depois do divórcio, é mantido, em relação a ambos os cônjuges, o dever de sustento e de educação da prole. Percebe-se, portanto, que a impossibilidade de um contribuir para o sustento da prole não transfere a obrigação ao outro cônjuge de arcar, sozinho, com todo o sustento. Neste caso, a transferência dessa obrigação não é ao outro genitor, mas sim, aos parentes do credor⁹⁹.

Ressalta-se, que a convivência dos pais não é requisito para que exista o poder familiar. Dessa forma, cumpre aos dois genitores, seja qual for o contexto marital, o integral desempenho da direção doméstica consistente na manutenção, guarda e educação dos filhos menores¹⁰⁰.

⁹⁷Art. 1.632. “A separação judicial, o divórcio e a dissolução da união estável não alteram as relações entre pais e filhos senão quanto ao direito, que aos primeiros cabe, de terem em sua companhia os segundos”.

⁹⁸Art. 1.703, do CCB: “Para a manutenção dos filhos, os cônjuges separados judicialmente contribuirão na proporção de seus recursos”.

⁹⁹Art. 1.698, CCB. “Se o parente, que deve alimentos em primeiro lugar, não estiver em condições de suportar totalmente o encargo, serão chamados a concorrer os de grau imediato; sendo várias as pessoas obrigadas a prestar alimentos, todas devem concorrer na proporção dos respectivos recursos, e, intentada ação contra uma delas, poderão as demais ser chamadas a integrar a lide”.

¹⁰⁰Art. 1.634, CCB. “Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos: (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014) I - dirigir-lhes a criação e a educação; (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014) II - exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do art. 1.584; (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014) III - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem; (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014) IV - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para viajarem ao exterior; (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014) V - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para mudarem sua residência permanente para outro Município; (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014) VI - nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar; (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014) VII -

Assim, quando é exigida a concordância de ambos os genitores, é insuficiente a manifestação isolada de um deles, ainda que o filho esteja sob sua guarda unilateral. Será necessário, portanto, a concordância entre os cônjuges ou o suprimento judicial do consentimento. O poder familiar será exercido com exclusividade apenas na falta ou impedimento de algum dos cônjuges¹⁰¹.

O Código Civil Brasileiro de 2002 determina que o casamento do genitor que detém a guarda compartilhada ou unilateral não enseja a perda do poder familiar nem a transferência deste ao novo cônjuge ou companheiro. Trata-se do chamando princípio da incomunicabilidade. Assim, o genitor continua exercendo o poder familiar sem qualquer interferência do novo cônjuge ou companheiro¹⁰².

2.2.15 – Não discriminação entre filhos do casamento e os nascidos fora do casamento.

Durante um grande período da vigência do Código Civil Brasileiro de 1916, os filhos havidos fora do casamento não poderiam ser reconhecidos. Dessa forma, negava-se a existência desses filhos, os quais eram ignorados pelo Direito, carecendo de qualquer proteção jurídica, como previa o art. 358, CC/1916, quando estabelecia que a prole bastarda ou espúria não pudesse tornar-se reconhecida¹⁰³.

Ou seja, mesmo sendo o pai o autor do delito de adultério, eram os frutos dessa relação incestuosa que sofriam o maior prejuízo. O fato de que o Código Civil negava à criança gerada fora do matrimônio o direito de ter a sua paternidade reconhecida, conseqüentemente, esses filhos não tinham direito a alimentos ou à herança.

Desta forma, o varão não se sujeitava ao poder familiar em relação à prole ilegítima. Do mesmo modo, com o propósito de garantir a paz da instituição do

representá-los judicial e extrajudicialmente até os 16 (dezesesseis) anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento; (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014) VIII - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha; (Incluído pela Lei nº 13.058, de 2014) IX - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição. (Incluído pela Lei nº 13.058, de 2014).

¹⁰¹Art. 1.631, segunda parte, do CCB.

¹⁰²Art. 1.583, § 2º, CCB.

¹⁰³Art. 358, CCB/1916. “Os filhos incestuosos e os adulterinos não podem ser reconhecidos.”

matrimônio, negava direitos a pessoas inocentes, com clara afronta à dignidade da pessoa humana.

O Decreto-Lei 4.737/42 e da Lei 883/49, autorizou o reconhecimento dos filhos nascidos fora do casamento. Entretanto, esse reconhecimento ficaria condicionado a uma condição suspensiva, qual seja, a dissolução do casamento do genitor, conforme estabelecido no art. 1º, da Lei 883, de 21 de outubro de 1949, que trazia a seguinte redação: “dissolvida a sociedade conjugal, será permitido a qualquer dos cônjuges o reconhecimento do filho havido fora do matrimônio e, ao filho, a ação para que se lhe declare a filiação”.

Esta ação de reconhecimento de paternidade surtia dois efeitos, o direito a alimentos e o direito à herança. No entanto, este estava limitado à metade da que viesse a receber o filho legítimo.

Ressalta-se que tais filhos eram registrados como filhos ilegítimos, sendo uma maneira discriminatória.

A Lei do Divórcio, Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977, alterou a Lei 883, de 21 de outubro de 1949, reconhecendo o direito à herança a todos os filhos, em igualdade de condições, como também admitiu a possibilidade de reconhecimento do filho havido fora do casamento, exclusivamente, por testamento cerrado. Ou seja, o procedimento judicial de investigação de paternidade produzia efeitos apenas em relação aos alimentos. Para que fosse possível o registro do filho, era necessário que houvesse a morte do genitor ou o seu divórcio.

A vedação do registro dos filhos tidos fora do casamento foi abolida pela Carta Política Brasileira de 1988, a qual incorporou a Declaração Universal de Direitos do Homem, e os ditames da Convenção Interamericana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica). Ademais, proibiu, também, a prática de qualquer tratamento discriminatório relativo à filiação.

Dessa forma, com o advento da Carta Magna da República Brasileira, o art. 358 do Código Civil de 1916, que vedava o reconhecimento aos filhos “incestuosos” e “adulterinos”, não foi recepcionado pela referida Carta e, para regular o art. 226, § 6º, da CFRB, foi publicada a Lei nº 7.841, de 17 de outubro de 1989.

O Código Civil de 2002, repetindo o que já dispunha a Constituição Federal, no art. 1.596, estabeleceu a igualdade entre os filhos havidos no matrimônio e os nascidos fora do casamento. Dessa forma, o reconhecimento da filiação poder-se-á ocorrer inclusive na vigência do consórcio matrimonial.

Destarte, o princípio da proteção integral da criança e o da dignidade da pessoa humana, finalmente, sobrepõe-se à proteção do consórcio matrimonial a qualquer custo.

O reconhecimento da igualdade entre os filhos nascidos durante o consórcio matrimonial e os havidos fora do casamento guarda relação com a noção de veracidade da filiação. Isso porque, independentemente de como foram concebidos, a lei não deve criar entraves para que se reconheça a paternidade e maternidade dos cidadãos.

3. O reconhecimento e a ordenação da família no Direito Civil Português e Brasileiro.

3.1 – Em Portugal.

O Código Civil Português constitui a principal fonte de Direito de Família. Segundo o Livro IV desse mesmo Código, mais precisamente o art. 1.576º, são fontes das relações jurídicas familiares, em regra, o casamento, o parentesco, a afinidade e a adoção. Ainda, fora das fontes familiares supracitadas, há a união de fato, situação jurídica em que duas pessoas possuem a *afectiomaritalis*, ou seja, vivem como se casados fossem, desde que há mais de dois anos. Alguns autores consideram tal união como uma relação parafamiliar.

O consórcio matrimonial consiste no contrato celebrado entre duas pessoas, as quais pretendem constituir família, mediante uma plena comunidade de vida dos esposos¹⁰⁴. Desse modo, depreende-se, portanto, que, segundo a lei civil, o casamento poderá ser tanto heterossexual quanto homossexual.

O parentesco é o vínculo que une duas pessoas, em consequência de uma delas descender da outra (parentesco em linha reta) ou de ambas procederem de um progenitor comum (parentesco colateral). Ainda, salvo disposição da lei em contrário, os efeitos do parentesco produzem-se em qualquer grau na linha reta, até o sexto grau na colateral.

Afinidade é o vínculo que liga os consortes aos parentes do outro. Esta se determina pelos mesmos graus e linhas que definem o parentesco e não cessa pela dissolução do consórcio matrimonial por morte.

A Constituição da República Portuguesa, sobre a regulamentação do Direito de Família, ensina o Professor Doutor Diogo Leite de Campos que é abundante e minuciosa, isto porque o legislador constitucional teve a preocupação e a vontade de criar um novo Direito de Família¹⁰⁵.

¹⁰⁴ Art. 1.577º, CCP. “O casamento é o contrato celebrado entre duas pessoas que pretendem constituir família mediante uma plena comunhão de vida, nos termos das disposições deste Código”.

¹⁰⁵ CAMPOS, Diogo Leite de. CAMPOS, Mónica Martinez de. **Lições de Direito de Família**. Coimbra: Almedina, 2017 “A Constituição da República Portuguesa contém abundante e, por vezes, minuciosa regulamentação pertinente ao Direito de Família. Esse interesse do legislador constitucional resulta de diversas razões [...] O legislador constitucional quis assegurar a formação de um novo Direito da família. Enquanto que, tradicionalmente, a família era dominada por princípios de hierarquia e

A matéria de Direito de Família, em Portugal, também é ordenada por Convenções Internacionais. Dentre estas, a mais importante, por óbvio, é a Concordata entre o Estado Português e Santa Sé, de 07 de Maio de 1940. Por meio dela, reconhecem-se efeitos jurídicos civis aos casamentos celebrados perante a igreja católica.

Ademais, o documento supracitado garante a competência exclusiva dos tribunais eclesiásticos para apreciar a validade desses casamentos, decisões às quais serão dados efeitos civis. Não obstante, foi instituído, em 2004, um processo para revisar e validar as decisões tanto do clero como os julgamentos realizados pelos tribunais civis.

Como outra fonte do Direito de Família Português, podemos citar o Código do Registro Civil, o qual foi alterado pelo Decreto-Lei n. 324/2007. Tal alteração, seguindo a laicidade do Estado Português e o princípio da liberdade religiosa, procedeu a regulamentação dos casamentos civis sob a forma religiosa.

Possibilitando, portanto, que o consórcio matrimonial seja celebrado de forma religiosa perante o ministro respectivo, independentemente de qual seja a religião. Assim, protestantes, muçulmanos, judeus, entre outros, poderão celebrar casamento religioso, sendo reconhecidos a este os efeitos civis devidos.

Na dualidade existente entre o matrimônio civil e o casamento católico foi juntada uma terceira modalidade do casamento civil sob a forma religiosa¹⁰⁶.

3.2 – No Brasil.

No Brasil, o direito de família anterior à Lei nº 10.406, de 10 de Janeiro de 2002, CCB, reconhecia como família apenas aquela formada pelo casamento. Dessa forma, família era a união, pelo casamento, entre um homem e uma mulher. O direito não reconhecia outra forma de constituição de família.

Essas famílias eram caracterizadas como uma entidade patriarcal, pois cabia ao homem a função de chefiar o consórcio matrimonial, exercendo a representação legal

tradição, hoje é considerada um espaço diferente, particularmente apto a promover a realização de certos aspectos da personalidade humana”.

¹⁰⁶CHAVES, João Queiroga. **Casamento, divórcio e união de facto**. Lisboa: Quid Juris, 2010. p. 155 e ss.

da família bem como a condução do acervo dos bens comum ao casal e os particulares do cônjuge virago¹⁰⁷. Era ele, ainda, quem, exclusivamente, possuía o direito de fixar o domicílio da família. No que diz respeito à mulher, esta era obrigada a adotar os apelidos do marido e detinha a condição de sua companheira, consorte e auxiliar nos encargos da família¹⁰⁸.

A família também era hierarquizada. Ou seja, havia uma hierarquia de poder dentro da família, qual seja, marido, esposa e filhos, respectivamente. Os filhos não possuíam direitos em relação aos pais, apenas deveres. Era previsto as prerrogativas que decorrem do pátrio poder, quais sejam, a de dirigir a criação dos filhos, tendo-os sob sua guarda e companhia, autorizando ou não que eles se casassem; nomeando tutores através de testamento quando do falecimento de um dos pais o outro não puder exercer tal poder. Tal representação se dava nos atos da vida civil até que o representado fosse maior de 16 anos, após esta idade, assisti-lo e, quando necessário, suprir o consentimento, bem como exigir a sua posse, obediência e respeito¹⁰⁹.

Essa família deveria ser necessariamente heteroparental, ou seja, defendia que o matrimônio, com seu caráter sacramental dado pela Igreja Católica, só poderia se dar entre pessoas de sexos distintos, visto que “é na diversidade dos sexos que se obtém uma comunhão plena de vida”¹¹⁰.

Por fim, era uma família formada por laços exclusivamente biológicos desde que a prole resultasse do matrimônio, ou seja, os filhos “incestuosos e adulterinos” não poderiam ser reconhecidos¹¹¹. Portanto, a adoção, em regra, não produzia efeitos jurídicos¹¹².

A grande transformação do padrão estabelecido surgiu com a edição da Carta Política da Constituição da República do Brasil de 1988. Quando no art. 226, da CRFB/88, estabelece a unidade familiar como sendo o alicerce da sociedade, e por este motivo conta com o abrigo do estado¹¹³.

¹⁰⁷ Art. 233, CCB/1916.

¹⁰⁸ Art. 240, CCB/1916.

¹⁰⁹ Art. 384, CCB/1916.

¹¹⁰ CHAVES, João Querioga. **Casamento Divórcio e União de Facto**. 2.^a ed. (Revista, actualizada e aumentada). Lisboa: Quid Júris, 2010.

¹¹¹ Art. 358, CCB/16.

¹¹² Art. 377, CCB/16. “Quando o adotante tiver filhos legítimos, legitimados ou reconhecidos, a relação de adoção não envolve a de sucessão hereditária”.

¹¹³ Art. 226, da CRFB/88. “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.”

Destarte, o rol das entidades familiares enumeradas no art.226 da CRFB/88 são meramente exemplificativos no entendimento de Paulo Lôbo, pois os demais tipos de entidades familiares estão implícitos, em decorrência da amplitude do conceito estabelecido no caput do artigo¹¹⁴.

Dessa forma, o conceito de família no século XXI passa a ser bem mais amplo do que o antes concebido. Por isso, "é forçoso convir que nenhuma definição nessa seara pode ser considerada absoluta ou infalível, uma vez que a família, enquanto núcleo de organização social, é, sem dúvida, a mais personalizada forma de agregação intersubjetiva, não podendo, por conseguinte, ser aprioristicamente encerrada em um único estandarte doutrinário"¹¹⁵.

A família, portanto, possui em seu conceito três caracteres essenciais: núcleo composto por mais de um indivíduo ligados entre si por um vínculo socioafetivo, não sendo, então, necessário um vínculo biológico ligando os seus integrantes; ligação afetiva, entre eles, traduzida em apoio e ajuda mútua, com o fim de realização pessoal de seus integrantes para que cada um alcance a felicidade; caracterizar o corolário da família eudemonista, a qual não é mais um fim em si mesmo.

Nos dizeres de Caio Mário da Silva Pereira a família apresenta uma gama de relações sociais reconhecidas. No seu entendimento, a família não pode ser entendida somente pela conceituação jurídica, mas, também, pelos seus variados aspectos¹¹⁶.

Nesse contexto, chega-se à conclusão de que não é possível concebermos um conceito unitário e absoluto da entidade familiar, conforme entendimento de GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo¹¹⁷.

¹¹⁴LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Entidades Familiares Constitucionalizadas: para além do *numerus clausus***. Jus Navegandi, Teresina, ano 6, n. 53, jan. 2002. Disponível em <http://jus2uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2552>. Acesso em 15 de agosto de 2018. "Os tipos de entidades familiares explicitados nos parágrafos do art. 226 da Constituição são meramente exemplificativo, sem embargo de serem os mais comuns, por isso mesmo merecendo referencia expressa. As demais entidades familiares são tipos implícitos incluídos no âmbito de abrangência do conceito amplo e indeterminado de família indicado no caput. Como todo conceito indeterminado, depende de concretização dos tipos, na experiência da vida, conduzindo à tipicidade aberta, dotada de ductilidade e adaptabilidade".

¹¹⁵GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Direito de Família**. São Paulo: Editora Saraiva, 2016.

¹¹⁶PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Direito Civil: alguns aspectos de sua evolução**. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 170. "Numa definição sociológica, pode-se dizer com Zannoni que a família compreende uma determinada categoria de relações sociais reconhecidas e, portanto, institucionais. Dentro deste conceito, a família não deve necessariamente coincidir com uma definição estritamente jurídica. [...] Quem pretende focalizar os aspectos éticos sociais da família, não pode perder de vista que a multiplicidade e variedade de fatores não consentem deixar um modelo social uniforme".

Nesse sentido, para dar concretude à Constituição Federal de 1988, foi editado o Código Civil Brasileiro de 2002, no qual os dispositivos normativos seguem os valores sociais e morais da Carta Maior¹¹⁸.

Ademais, enquanto no Código Beviláqua de 1916, falava-se em pátrio poder, exercido, por excelência, pelo marido, hodiernamente a Lei nº 10.406 de 10 de Janeiro de 2002, CCB, fala-se em poder familiar, o qual é exercido por ambos os cônjuges, em igualdade de condições¹¹⁹.

Portanto, coloca-se fim à diferença de tratamento em relação a cada um dos cônjuges. Ambos passam a ser iguais quanto aos direitos e às obrigações, em consonância com o art. 5º, inciso I, da Constituição da República Federativa do Brasil.

Há de se falar também na incidência dos princípios gerais do artigo 1.567, Código Civil Brasileiro de 2002, quanto à socialidade, operabilidade e eticidade nas relações familiares. Tais paradigmas serão aplicados a partir de um caráter eudemonista e da eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

O princípio da socialidade pressupõe uma função social cumprida pela família. Assim, a entidade familiar não poderá prejudicar terceiros e estes não poderão prejudicar direitos familiares alheios. Ou seja, há proibição de qualquer pessoa, intrometer na sociedade familiar¹²⁰.

Em relação à eticidade, deve-se entender que todas as relações jurídicas privadas, inclusive as de direito de família, devem se comportar dentro de uma perspectiva ética. É a ética mínima que se espera das partes. Traduz-se pela boa-fé objetiva nas relações familiares, como a confiança e o afeto, incidindo nas relações existenciais e patrimoniais.

Por fim, a operabilidade é a concretude no trato das questões no exercício do direito.

¹¹⁷ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Direito de Família**. São Paulo: Editora Saraiva, 2016. p. 41. "apto a aprioristicamente delimitar a complexa e multifária gama de relações afetivas que circulam as pessoas, tipificando modelos e estabelecendo categorias".

¹¹⁸ Art. 1.511, CCB. "O casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges.", e no art. 1.566, IV, onde está regulado que: "São deveres de ambos os cônjuges: fidelidade recíproca; vida em comum, no domicílio conjugal; a mútua assistência; o sustento, guarda e educação dos filhos; o respeito e consideração mútuos".

¹¹⁹ Art. 1.567, CCB. "A direção da sociedade conjugal será exercida, em colaboração, pelo marido e pela mulher, sempre no interesse do casal e dos filhos".

¹²⁰ Art. 1.513, CCB.

Pode-se caracterizar, portanto, a família do século XXI como uma família plural, justamente pelo fato de que se reconhecem diferentes formas de constituição de entidades familiares, não se prendendo a estandartes apriorísticos. É família aquela constituída pelo neto, avó e avoenga, provenientes de genitores divorciados, mosaico, formada pelo pai e seu filho, monoparental.

Por conseguinte, a família contemporânea é democrática. Isso porque, em concretização com o princípio da igualdade entre homens e mulheres, não são mais previstos deveres diferentes para cada um dos cônjuges.

As entidades familiares, no Brasil, poderão ser hétero ou homoparentais. Primordialmente, a Constituição da República refere-se a entidade familiar como aquela constituída por homem e mulher¹²¹.

No mesmo sentido, está estabelecido que, no casamento, tanto o marido como a esposa são responsáveis pelos encargos gerados pela família¹²².

Entretanto, o Supremo Tribunal Federal, praticando um ativismo judicial, no julgamento da ação direta de inconstitucionalidade (ADIn) 4.277/DF, reconheceu natureza familiar às uniões homoafetivas. Dessa forma, à luz do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, fazendo-se uma interpretação conforme a determinação do art.1.723 do Código Civil, o tribunal acabou por reconhecer que o direito à união estável abarca não só a união heteroafetiva, mas também a união homoafetiva.

Ressalta-se que tal julgamento foi dotado de efeito *erga omnes*, ou seja, os efeitos do julgado não se restringiram apenas àquele caso concreto, mas a todos que se encaixam em tal situação.

Havendo a continuidade do ativismo judicial, o Superior Tribunal de Justiça – STJ, decidiu, no recurso especial, REsp nº 1.183.378/RS¹²³ que a definição do

¹²¹ Art. 226, § 3º e 5º, da CRFB/88. § 3º. “Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.”, § 5º. “Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”.

¹²² Art. 1.565, CCB. “Pelo casamento, homem e mulher assumem mutuamente a condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos da família”.

¹²³ RECURSO ESPECIAL Nº 1.183.378 - RS (2010/0036663-8) RELATOR: MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO, DJe: 01/02/2012. EMENTA: DIREITO DE FAMÍLIA. CASAMENTO CIVIL ENTRE PESSOAS DOMESMO SEXO (HOMOAFETIVO). INTERPRETAÇÃO DOS ARTS.1.514, 1.521, 1.523, 1.535 e 1.565 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002.INEXISTÊNCIA DE VEDAÇÃO EXPRESSA A QUE SE HABILITEM PARA O CASAMENTO PESSOAS DO MESMO SEXO. VEDAÇÃOIMPLÍCITA CONSTITUCIONALMENTE INACEITÁVEL.

casamento preconiza que este poderá ser hétero ou homoafetivo. Isso porque, se a união

ORIENTAÇÃO PRINCÍPIOLÓGICA CONFERIDA PELO STF NO JULGAMENTO DAADPF N. 132/RJ E DA ADI N. 4.277/DF. 1. Embora criado pela Constituição Federal como guardião do direito infraconstitucional, no estado atual em que se encontra a evolução do direito privado, vigorante a fase histórica da constitucionalização do direito civil, não é possível ao STJ analisar as celeumas que lhe aportam "de costas" para a Constituição Federal, sob pena de ser entregue ao jurisdicionado um direito desatualizado e sem lastro na Lei Maior. Vale dizer, o Superior Tribunal de Justiça, cumprindo sua missão de uniformizar o direito infraconstitucional, não pode conferir à lei uma interpretação que não seja constitucionalmente aceita. 2. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento conjunto da ADPF n.132/RJ e da ADI n. 4.277/DF, conferiu ao art. 1.723 do Código Civil de 2002 interpretação conforme à Constituição para dele excluir todo significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, entendida esta como sinônimo perfeito de família. 3. Inaugura-se com a Constituição Federal de 1988 uma nova fase do direito de família e, consequentemente, do casamento, baseada na adoção de um explícito poliformismo familiar em que arranjos multifacetados são igualmente aptos a constituir esse núcleo doméstico chamado "família", recebendo todos eles a "especial proteção do Estado". Assim, é bem de ver que, em 1988, não houve uma recepção constitucional do conceito histórico de casamento, sempre considerado como via única para a constituição de família e, por vezes, um ambiente de subversão dos ora consagrados princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana. Agora, a concepção constitucional do casamento - diferentemente do que ocorria com os diplomas superados - deve ser necessariamente plural, porque plurais também são as famílias e, ademais, não é ele, o casamento, o destinatário final da proteção do Estado, mas apenas o intermediário de um propósito maior, que é a proteção da pessoa humana em sua inalienável dignidade. 4. O pluralismo familiar engendrado pela Constituição - explicitamente reconhecido em precedentes tanto desta Corte quanto do STF - impede se pretenda afirmar que as famílias formadas por pares homoafetivos sejam menos dignas de proteção do Estado, se comparadas com aquelas apoiadas na tradição e formadas por casais heteroafetivos. 5. O que importa agora, sob a égide da Carta de 1988, é que essas famílias multiformes recebam efetivamente a "especial proteção do Estado", e é tão somente em razão desse desígnio de especial proteção que a lei deve facilitar a conversão da união estável em casamento, ciente o constituinte que, pelo casamento, o Estado melhor protege esse núcleo doméstico chamado família. 6. Com efeito, se é verdade que o casamento civil é a forma pela qual o Estado melhor protege a família, e sendo múltiplos os "arranjos" familiares reconhecidos pela Carta Magna, não há de ser negada essa via a nenhuma família que por ela optar, independentemente de orientação sexual dos partícipes, uma vez que as famílias constituídas por pares homoafetivos possuem os mesmos núcleos axiológicos daquelas constituídas por casais heteroafetivos, quais sejam, a dignidade das pessoas de seus membros e o afeto. 7. A igualdade e o tratamento isonômico supõem o direito a ser diferente, o direito à autoafirmação e a um projeto de vida independente de tradições e ortodoxias. Em uma palavra: o direito à igualdade somente se realiza com plenitude se é garantido o direito à diferença. Conclusão diversa também não se mostra consentânea com um ordenamento constitucional que prevê o princípio do livre planejamento familiar (§ 7º do art. 226). E é importante ressaltar, nesse ponto, que o planejamento familiar se faz presente tão logo haja a decisão de duas pessoas em se unir, com escopo de constituir família, e desde esse momento a Constituição lhes franqueia ampla liberdade de escolha pela forma em que se dará a união. 8. Os arts. 1.514, 1.521, 1.523, 1.535 e 1.565, todos do Código Civil de 2002, não vedam expressamente o casamento entre pessoas do mesmo sexo, e não há como se enxergar uma vedação implícita ao casamento homoafetivo sem afronta a caros princípios constitucionais, como o da igualdade, o da não discriminação, o da dignidade da pessoa humana e os do pluralismo e livre planejamento familiar. 9. Não obstante a omissão legislativa sobre o tema, a maioria, mediante seus representantes eleitos, não poderia mesmo "democraticamente" decretar a perda de direitos civis da minoria pela qual eventualmente nutre alguma aversão. Nesse cenário, em regra é o Poder Judiciário - e não o Legislativo - que exerce um papel contra majoritário e protetivo de especialíssima importância, exatamente por não ser compromissado com as maiorias votantes, mas apenas com a lei e com a Constituição, sempre em vista a proteção dos direitos humanos fundamentais, sejam eles das minorias, sejam das maiorias. Dessa forma, ao contrário do que pensam os críticos, a democracia se fortalece, porquanto esta ser e afirma como forma de governo, não das maiorias ocasionais, mas de todos. 10. Enquanto o Congresso Nacional, no caso brasileiro, não assume, explicitamente, sua coparticipação nesse processo constitucional de defesa e proteção dos socialmente vulneráveis, não pode o Poder Judiciário demitir-se desse mister, sob pena de aceitação tácita de um Estado que somente é "democrático" formalmente, sem que tal predicativo resista a uma mínima investigação acerca da universalização dos direitos civis.

estável heteroafetiva pode ser convertida em casamento¹²⁴, também poderá sê-la a união homoafetiva, contrariando o estabelecido pelo legislador.

Houve a resistência de muitos cartórios, se recusando a celebrar casamentos homoafetivos. Porém, o Conselho Nacional de Justiça – CNJ, órgão de caráter administrativo, editou a resolução nº 175/2013, a qual dispõe que: “é vedada às autoridades competentes a recusa de habilitação, celebração de casamento civil ou de conversão de união estável em casamento entre pessoas de mesmo sexo.”, e que “A recusa prevista no artigo 1º implicará a imediata comunicação ao respectivo juiz corregedor para as providências cabíveis”.

Dessa forma, o judiciário, através do ativismo judicial, se sobrepõe ao legislativo, possibilitando as uniões estáveis entre pessoas de sexos iguais e, por consequência, reconheceu o direito potestativo para que tais pessoas celebrem casamento. Importante ressaltar que, devido à laicidade do Estado – o Estado não interfere na igreja e nem vice-versa – as igrejas, seja qual for o seu credo, não são, de maneira alguma, obrigadas a celebrar uniões homoafetivas. Fica a critério de seu chefe espiritual aceitar, ou não, a sua celebração.

Quanto à filiação esta poderá ser tanto biológica quanto socioafetiva. Assim, diferentemente do que ocorria outrora, todos os filhos são tratados igualmente: não havendo diferenciação entre os filhos adotivos e os naturais, possuindo os mesmos direitos e garantias. Esta igualdade é em decorrência da Carta Magna Brasileira (art. 5, Constituição Federal), bem como do estabelecido no art. 227, § 6º, da CRFB/88¹²⁵.

Portanto, a definição de família pós-Constituição de 1988, modificada para incorporar aos valores constitucionais, consiste na eficácia horizontal dos direitos fundamentais¹²⁶.

¹²⁴ Art. 226, §3º, CRFB/88. “Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento. (Regulamento)”.

¹²⁵ Art. 227, § 6º, da CRFB/88. “Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”.

¹²⁶ TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Lei de Introdução e Parte Geral**. v. 1. 12 edição, Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 99. “Trata-se da aplicação dos princípios constitucionais que protegem a pessoa humana nas relações entre particulares. Seu fundamento está no art. 5º, § 1º, da Constituição Federal de 1988, segundo o qual as normas que definem direitos fundamentais têm aplicação imediata”.

No Código Civil de 1916, a família era um fim em si mesmo. Ou seja, como havia apenas uma forma de constituição de família, as pessoas precisavam casar-se para terem proteção do direito de família.

Na vigência do Código Civil de 2002, a família passa a ser um meio, um instrumento de proteção à pessoa humana. Ou seja, para você estar protegido, você não precisa ter família. É o raciocínio adotado pela Súmula 364 do Superior Tribunal de Justiça – STJ, onde: “o conceito de impenhorabilidade de bem de família abrange também o imóvel pertencente a pessoas solteiras, separadas e viúvas”.

3.3 – A família como uma realidade natural e social?

O pressuposto natural básico para a formação da família está no fato de que, por meio dela, homem e mulher se unem, ajudando-se mutuamente a sobreviver, para a procriação e, consequente, a perpetuação da espécie humana.

Dessa forma, a união em famílias reside na sobrevivência de seus membros, a qual é facilitada quando os seres humanos ficam em grupo. Almeja-se alcançar, pois, a satisfação das necessidades de seus componentes e proteger-se das ameaças externas.

Vale lembrar, ainda, que a família não é um modelo imutável e paralisado, pois com a evolução da sociedade e a mudança de valores morais, sociais, culturais, etc., surgem grandes divergências, havendo mudanças na sua composição e estrutura nas lições de João Queiroga Chaves¹²⁷.

3. 4 – Comportamento Social.

Desde a sua constituição, que se inicia a partir da família Patriarcal Romana, em que o marido era o chefe da família, tem-se o comportamento social chamado de

¹²⁷ CHAVES, João Queiroga. **Casamento Divórcio e União de Facto**. 2.^a ed. (Revista, actualizada e aumentada). Lisboa: Quid Júris, 2010, p. 53. “A composição do núcleo familiar vai ter, com o decorrer dos séculos, grandes e importantes transformações e ainda, no tempo presente, existem diferenças abismais entre os povos que estão num grau cultural e civilizacional muito distinto. Veja-se o grau extremo de divergência que há entre uma família de índios na Amazônia, de bosquímanos da África meridional, ou de europeus. O desenvolvimento social, político e cultural acarreta enormes diferenças. A família, como grupo social, veio a ter uma profunda transformação ao longo dos tempos, quanto à sua composição e quanto à sua estrutura”.

pater familias. O chefe exercia uma espécie de poder absoluto sobre os demais integrantes da entidade familiar, constituída pela esposa, filhos, netos, noras e escravos.

Como ditava todas as regras que iriam reger a sociedade familiar, era o chefe do grupo; como dirimia os conflitos que ali ocorriam, era uma espécie de magistrado; como conduzia os rituais religiosos da família, era como um sacerdote.

Seus poderes eram demasiadamente grandes que poderiam até dispor sobre a vida de determinado membro da entidade familiar, além de poder puni-los, moral e fisicamente.

Sendo o casamento uma situação de fato e não um ato jurídico formal, era o *pater familias* que decidia se ali havia um casamento ou não. Decidia tanto pelo seu início quanto pelo seu término, o qual era possível. Dessa forma, havendo a cessação da vida em comum, os ex-consortes poderiam contrair novas núpcias, desde que o *pater familias* decidisse que o casamento anterior havia se findado.

Conclui-se, portanto, que uma sociedade conjugal era caracterizada por três pressupostos básicos: pela idade dos nubentes, *conubium* entre eles e vontade atual. Ou seja, o vínculo matrimonial cessava quando não houvesse mais consenso entre os cônjuges.

Na era Medieval, a família era comunitária, isto porque com a difusão do cristianismo, a família transmudou-se em uma instituição divina. O casamento que antes mera situação de fato no direito romano, passa a ser infundido com um caráter sacramental na família medieval.

A família é a célula básica da sociedade, hierarquicamente chefiada pelo pai, o qual deveria pregar a doutrina católica. Essa ordem familiar era apresentada como uma realidade imutável e indiscutível, sendo um verdadeiro pecado contestá-la.

Destarte, nas lições de João Queiroga Chaves, a família não está vinculada a um chefe como no direito romano, está ligada por pessoas, através do matrimônio, e pelos laços biológicos da procriação¹²⁸.

¹²⁸CHAVES, João Queiroga. **Casamento, divórcio e união de facto**. 2.^a ed. (Revista, actualizada e aumentada). Lisboa: Quid Juris, 2010, p. 55. “[A família] já não se trata de um organismo “político” com um chefe de grupo, o “pater familias”, mas de uma comunidade “natural”, de pessoas ligadas entre si pelo vínculo do matrimônio e pelos laços biológicos da procriação”.

Os bárbaros, por seu turno, deram à família medieval o seu característico traço comunitário. As entidades familiares eram, de fato, uma unidade econômica, caracterizada como um centro de produção e de consumo.

Com a fragmentação política e social, surgiram, após o século X, as normas a respeito do casamento e foram remetidas para o domínio dos costumes.

Aproveitando-se dessa situação, a Igreja Católica passou a editar Concílios (Bourges, Paris, Reims, entre outros), os quais tratavam, em grande parte, sobre o casamento. Dessa forma, “se iniciou o processo de reivindicação da competência exclusiva da Igreja, em matéria matrimonial, levando a Igreja à constituição de uma “reserva de lei” que permitia, no seu interior, a criação de todo um Direito matrimonial com eficácia externa, tutelado pelo Estado¹²⁹”.

A Igreja é a responsável pela construção jurídica do matrimônio, garantindo a sua exclusividade da jurisdição em matéria matrimonial, nos séculos XII e XIII.

Dessa forma, foi criado um conjunto de normas de direito canônico, o qual regulava o casamento enquanto instituição religiosa.

O matrimônio, na doutrina católica, tem duas características básicas, a unidade e a perpetuidade, ou seja, diferentemente do que ocorria na Roma antiga, agora o vínculo matrimonial era caracterizado pelo consenso quando da oficialização do matrimônio. A vontade dos nubentes, no momento, em manter o casamento era irrelevante, tendo em observância a perpetuidade da vinculação do consórcio matrimonial, a qual persistia independente da vontade dos cônjuges. Cristo criou o matrimônio como uma união plena de vida, para toda a vida¹³⁰.

No século XVI, Concílio de Trento estabeleceu um conjunto de normas jurídicas a respeito do casamento. Consistia, este, em uma união solene, sacramental, submetida à jurisdição eclesiástica, indissolúvel, monogâmico e heterossexual. "O matrimônio foi inserido estrutural e dinamicamente na ordem do cosmos iluminado por Deus, como causa suprema"¹³¹.

¹²⁹ CAMPOS, Diogo Leite de. CAMPOS, Mónica Martinez de. **Lições de Direito de Família**. Coimbra: Almedina, 2017, p. 74.

¹³⁰ Bíblia católica. I Epístola aos Coríntios, 7, 10-11. "Quanto às pessoas casadas eis o que ordeno, não eu mas o Senhor: que a mulher não separe de seu marido - em caso de separação que não se volte a casar, que se reconcilie com o seu marido e que o marido não repudie a sua mulher”.

¹³¹ CAMPOS, Diogo Leite de. CAMPOS, Mónica Martinez de. **Lições de Direito de Família**. Coimbra: Almedina, 2017, p. 82.

É o marido que preside a vida doméstica familiar, se transformando, portanto, em uma verdadeira fonte de criação do Direito. É ele quem dita às normas que regerão e organizarão a família, às quais se subordinam a esposa e os filhos. As palavras que dele emanam, consubstanciam-se na lei daquele momento para sua família.

Atendendo a natureza sacramental do casamento, a família derivada deste, com a sua prole, transforma-se em uma verdadeira instituição divina. É ela, a família, a própria Igreja em miniatura. Enquanto a segunda era dirigida pelo padre, no caminho de Deus, a primeira o era pelo pai, o qual deveria veicular a doutrina divina¹³².

Devido ao absolutismo, tal modelo de hierarquia foi realmente reforçado e intensificado nos séculos XVII e XVIII, era o modelo político vigente à época.

Com as Revoluções, Francesa e Industrial, surgiu a família nuclear da sociedade industrial contemporânea, em que, no seio da família, foram causadas profundas mudanças.

A primeira delas foi que o matrimônio, de acordo com a doutrina protestante, padeceu da visão sacramental, passando a ser visto como um simples contrato.

Assim, com a quebra do monopólio católico na edição de normas a respeito do casamento, passou a existir o casamento civil obrigatório, de base laica. Perdia a Igreja, portanto, a sua competência exclusiva na celebração de casamentos. É o raciocínio de Roboredo de Sampaio e Mello¹³³.

Com o surgimento das fábricas, necessita-se de uma grande quantidade de mão-de-obra. Então, para suprir essa demanda, ocorre a concentração de operários ao redor das fábricas, formando-se densos núcleos habitacionais.

¹³²CAMPOS, Diogo Leite de. **As relações de associação “O Direito sem Direito”**. Coimbra: Almedina, 2011, p. 16. “Tinha-se “casamento” enquanto instituição social, mas ao se tinha contrato quanto acordo de vontades iguais e livres. [...] Para salvar a situação, foi fácil afirmar que o caráter contratual era só inicial, no momento do contrato de casamento em que os nubentes deviam manifestar uma vontade livre. Depois, era o estado de casado, conjunto de limites e de veres definidos em termos muito gerais pelo Estado e pela Igreja, e cuja execução era deixada ao mais poderoso, ao marido”.

¹³³MELLO, Roboredo de Sampaio. **Família e Divórcio**. 1906. “Os movimentos legalistas e os movimentos laicos do século XIX tentaram, através de diversos golpes de força, mais ou menos bem sucedidos, fazer com que o Estado se apropriasse do monopólio da jurisdição sobre o casamento e a família, que tinha passado para a jurisdição da Igreja no século XII. Esta apropriação levava, necessariamente, ao desaparecimento o caráter religioso da família e da indissolubilidade do vínculo, com a introdução do divórcio”.

A família, por isso, diminui, não havendo lugar para tios, sobrinhos, avós, mas só para os pais com a sua prole. Como consequência, esta perde a sua capacidade econômica: não se produz mais em família e sim, nas fábricas. De núcleo produtivo e de consumo, a família passa para a posição de, apenas, núcleo de consumo.

Era a família, também, um eficaz mecanismo de coerção da sociedade pelo Estado. Com o objetivo de controlar os seus integrantes, contavam-se histórias em que determinadas condutas humanas desembocavam em grandes tragédias para os seus membros. É o exemplo de Édipo Rei, que matou seu pai e casou-se com a sua mãe. Como consequência, o reino por ele dirigido entrou em uma grande crise e miséria.

Assegurava-se, portanto, através de tal mecanismo, o controle da população e sua submissão a determinados valores sociais. Desse modo, a família mostrava-se como um mecanismo eficaz de controle do Estado.

Ademais, a família perde muitas de suas atribuições tradicionais. A educação agora será em escolas, sendo, nestas, a presença das crianças, obrigatória; o almoço é servido no refeitório da fábrica ou do Estado; os idosos, quando inválidos, são recolhidos em estabelecimentos de assistência social - É a lição do Senhor Professor Doutor Diogo Leite de Campos¹³⁴.

A separação do local de trabalho com a residência doméstica garantiu aos membros da família uma maior liberdade para regerem as suas vidas. Isso, porque a constituição da família em uma unidade produtiva implicava a natural necessidade de um líder (no caso, o pai). Dessa forma, como os seus membros da família poderiam sustentar-se economicamente fora do âmbito familiar, a autoridade e dependência paterna foi perdendo força.

Desse modo, a grande mudança da família na Sociedade Industrial consiste no fato de que aquela deixou de ser unida pela necessidade econômica de seus membros para ser um local em que cada indivíduo possa encontrar sua própria felicidade, satisfazendo seus próprios interesses e aspirações.

¹³⁴CAMPOS, Diogo Leite de. CAMPOS, Mónica Martinez de. **Lições de Direito de Família**. Coimbra: Almedina, 2017. “A divisão social do trabalho levou ao afastamento das famílias de parte importante das tarefas de educação, assistência, etc. A única tarefa que se mantém entregue a um grupo indiferenciado de pessoas, as mulheres, os cônjuges, é a tarefa de procriação”.

As famílias do século XX e XXI apresentam modelos diversificados, nos quais a família tem como principal característica a perenidade do casamento. Isto, porque o divórcio apresenta-se como um direito potestativo, podendo ser realizado a qualquer tempo, inclusive no dia seguinte ao casamento¹³⁵.

Consequentemente, houve um significativo aumento de novos casamentos, provenientes de nubentes divorciados. Desta forma, a prole do primeiro casamento passa a conviver com seu respectivo padrasto ou madrasta. A doutrina nomeou tal arranjo familiar de famílias ensambladas, famílias mosaicos ou famílias recompostas.

Porquanto, houve um aumento das chamadas famílias monoparentais, constituídas por um dos genitores e a sua prole. Ou seja, um dos genitores, por algum motivo (divórcio, morte, abandono), passa a criar a sua prole sem a presença do outro progenitor.

Verifica-se, portanto, que o século XXI caracteriza-se pela presença dos mais diversos paradigmas de constituição de família. São famílias plurais, as quais fogem do modelo tradicional vigente.

Ainda no século XX, tendo em vista a inserção mais profunda da mulher no mercado de trabalho, esta pretende ter menos filhos e em uma idade mais avançada. Devido a sua independência econômica, o divórcio mostra-se uma alternativa menos gravosa do que outrora parecia. Ou seja, não há mais a presença do medo de divorciar-se, tanto da perspectiva econômica - visto que possui sua própria renda- tanto da perspectiva moral - visto que o divórcio está se “naturalizando” socialmente. Este é o entendimento de Diogo Leite de Campos e Mónica Martinez de Campos¹³⁶:

Portanto, a família do século XXI é plural, por admitir outros modelos de constituição de família que não o casamento; democrática, pelo fato de ser baseada na

¹³⁵ CHAVES, João Queiroga. **Casamento, divórcio e união de facto**. 2.^a ed. (Revista, actualizada e aumentada). Lisboa: Quid Juris, 2010, p. 57. “O próprio legislador facilita a instabilidade do casamento, já que o art. 1.775º, nº 1, permite o divórcio por mútuo consentimento logo no dia seguinte ao casamento ao estatuir que o divórcio pode ser requerido a todo tempo”.

¹³⁶ CAMPOS, Diogo Leite de. CAMPOS, Mónica Martinez de. **Lições de Direito de Família**. Coimbra: Almedina, 2017. “Temos que esperar pelo século XX para assistir à libertação da mulher e dos filhos do “poder paternal”. O fator determinante terá sido o acesso da mulher ao mercado de trabalho, tornando-a independente dos ganhos auferidos pelo marido, até aí o principal sustentáculo da economia familiar. Assim como, a partir dos anos sessenta, surgiu uma nova representação social do papel dos filhos no seio da família e no meio social, que os considera largamente independentes desde cedo da autoridade do pai”.

igualdade entre os membros da família, os quais possuem deveres e direitos recíprocos uns com os outros; igualitária, pois é baseada na igualdade entre os cônjuges.

Sobre as mudanças ocorridas no âmbito familiar, nas últimas décadas, posicionam-se, Diogo Leite Campos e Mónica Martinez de Campos, em uma perspectiva pessimista¹³⁷.

Desta forma, a estrutura da família, inicialmente, é assentada na soberania marital, principalmente no período da Roma antiga, quando era o marido quem ditava o direito em relação à comunidade familiar. O “*pater famílias*” tinha o poder de chefe político, magistrado e sacerdote da família, enquanto os demais membros deviam-lhe obediência.

Portanto, mulher e filhos ficavam em uma posição inferior à do marido pai, sujeitando-se ao seu poder. A mulher, por sua vez, era renegada a uma posição de subalterna.

Tal supremacia manteve-se na idade média, porém, de maneira menos intensa. O pai ainda mantém o poder de representação da família. No entanto, nesse período, a mulher passa a desempenhar um papel diferenciado, passa, então, a ser a educadora dos filhos e uma espécie de mediadora dos conflitos que surgem no âmbito doméstico.

A convicção da infinidade da mulher era tão grande que somente em meados do século XIX e XX que essa situação foi se modificando nas ordenações civilistas.

No Brasil, o art. 233 do Código Civil Brasileiro de 1916, estabelecia a chefia da entidade familiar ao, então, seu chefe, ou seja, ao marido¹³⁸.

¹³⁷ CAMPOS, Diogo Leite de. CAMPOS, Mónica Martinez de. **Lições de Direito de Família**. Coimbra: Almedina, 2017. “A família conhece, na América do Norte e na Europa, modificações profundas de que as estatísticas nos dão conta. As uniões “legais” diminuem; a idade dos nubentes sobe; o número de filhos diminui; as rupturas do vínculo matrimonial crescem e os segundos casamentos crescem. O divórcio transformou-se numa vicissitude “normal da família”. A diminuição da natalidade, a continuar, implicará o desaparecimento, em prazo estimável, de populações inteiras. Associando a queda da natalidade e a crise da família, os autores e os governantes perguntam-se se ainda se pode fazer algo para recuperar a família e, com ela, a natalidade. [...] O problema da família aparece, assim, no centro da fustão social do século XX - causa e consequência dela, como tem sido contemporânea das alterações sociais dos últimos séculos”.

¹³⁸ Art. 233 do Código Civil Brasileiro de 1916. “O marido é o chefe da sociedade conjugal”.

Com os movimentos feministas dos séculos XVIII e XIX, surge o embrião da família institucionalizada baseada na cooperação dos cônjuges e a inferioridade da mulher diante de sua família passa a ser contestada. Entretanto, tais ideais só vieram a frutificar-se no século XX, período em que as legislações passaram a entender que, devido à dignidade igual dos nubentes, deverão ser previstos direitos e deveres diferentes a cada um deles, baseados na complementariedade e diversidade dos sexos.

Exemplo dessas mudanças foi o estabelecido no Código Civil Brasileiro de 1916, alterado pela Lei 4.121 de 1962, no Art. 233, que estabelecia que o cônjuge varão fosse praticar todos os atos de administração e chefiar a entidade familiar com a ajuda da esposa, observando a utilidade para a comunidade familiar composta pelo casal e filhos¹³⁹.

Com maior inserção da mulher ao mercado de trabalho, surge a família existencialista de base igualitária e funções indiferenciadas, não fazendo mais sentido haver previsão legal nas legislações, direitos e obrigações diferentes aos cônjuges, visto que ambos eram responsáveis pela manutenção econômica do lar.

Isto posto, observa-se que, marido e mulher são colocados em igualdade de direitos e obrigações.

¹³⁹ Art. 233, do CCB/16. “o marido é o chefe da sociedade conjugal, função que exerce com a colaboração da mulher, no interesse comum do casal e dos filhos”

4. O direito de constituir família.

O direito de constituir família está regulado tanto na Constituição Portuguesa quanto na Brasileira e na lei civil de ambos os países. Pode-se dizer que este é um direito natural destinado à procriação.

4.1 – Dignidade e princípios.

O princípio da dignidade humana, do qual decorrem todos os demais princípios, é manifestado no respeito ao ser humano enquanto tal, na garantia de seus direitos fundamentais, criando-se condições para o desenvolvimento pleno de sua personalidade, de suas habilidades pessoais e sociais. Da mesma forma, o princípio da liberdade; da igualdade e/ou respeito à diferença; da solidariedade familiar; do pluralismo das entidades familiares; da proibição do retrocesso social; da proteção integral às crianças, adolescentes, jovens e idosos e o princípio da afetividade.

4.2 – A proteção constitucional.

4.2.1 – Em Portugal.

A Constituição da República Portuguesa de 1976 se divide em partes, assegurando os princípios fundamentais da República. Sendo que a primeira parte, pautada no princípio da universalidade, tutela os direitos e deveres fundamentais (art. 12º) e da igualdade (art.13º), assegura os direitos à liberdade e os direitos e garantias pessoais, *v.g.*, direito à vida, bem como o direito e garantias quanto à participação política e os direitos dos trabalhadores e dos consumidores.

Acautela, também, os direitos econômicos e sociais que devem ser garantidos à sociedade, tais como o direito a saúde, habitação, urbanismo, família, bem como os direitos e deveres culturais, que asseguram a participação no ensino, cultura física e desporto.

Desta forma, a Constituição da República Portuguesa assegura, em seu art. 36 que, todas as pessoas possuem a garantia de que podem instituir uma família e celebrar núpcias com paridade de direitos. A legislação civil também prescreverá quais as exigências bem como as implicações do matrimônio e a forma de sua ruptura, pelo

óbito de um dos consortes ou pelo divórcio, qualquer que tenha sido a forma que fora celebrado.

Como corolário do direito à igualdade (art. 13º, CRP), o qual preconiza que ninguém pode ser privilegiado, beneficiado, prejudicado ou privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever em razão de sexo, terão os consortes idênticos deveres e direitos em relação à sua capacidade civil e política, a manutenção e educação dos filhos (art. 36º, CRP).

Em decorrência do princípio da não discriminação dos filhos havidos fora do casamento, o art. 36º, da Constituição da República Portuguesa, veda a utilização de quaisquer designações discriminatória quanto aos mesmos.

Por fim, o art. 36º, da Constituição da República Portuguesa, também trata da adoção, uma das fontes das relações jurídicas familiares, a qual deverá ser célere por disposição constitucional.

A guarita da família, na Constituição da República portuguesa, encontra-se no artigo 67º/1 e 2¹⁴⁰.

Desta forma, observa-se que a família é tratada como um direito social, isto é, trata-se de norma expressa que assegura a persecução do Estado em garantir à família o alcance dos direitos que a lei garante, ressalta-se, ainda, que estes direitos estão dispostos em leis complementares.

Assim, pode-se afirmar que a Constituição Portuguesa prevê a família como elemento fundamental da sociedade. Por isso, tem, esta, direito à proteção da sociedade e do Estado, a efetivação de todas as condições que permitam a realização pessoal dos seus membros.

¹⁴⁰ Artigo 67º, n.º 1 e 2. “Artigo 67.º Família: 1. A família, como elemento fundamental da sociedade, tem direito à protecção da sociedade e do Estado e à efectivação de todas as condições que permitam a realização pessoal dos seus membros. 2. Incumbe, designadamente, ao Estado para protecção da família: a) Promover a independência social e económica dos agregados familiares; b) Promover a criação e garantir o acesso a uma rede nacional de creches e de outros equipamentos sociais de apoio à família, bem como uma política de terceira idade; c) Cooperar com os pais na educação dos filhos; d) Garantir, no respeito da liberdade individual, o direito ao planeamento familiar, promovendo a informação e o acesso aos métodos e meios que o asseguram, e organizar as estruturas jurídicas e técnicas que permitam o exercício da maternidade e paternidade conscientes; e) Regular a procriação assistida, em termos que salvaguardem a dignidade da pessoa humana; f) Regular os impostos e os benefícios sociais, de harmonia com os encargos familiares; g) Definir, ouvidas as associações representativas das famílias, e executar uma política de família com carácter global e integrado; h) Promover, através da concertação das várias políticas sectoriais, a conciliação da actividade profissional com a vida familiar. (PORTUGAL, 1976)”.

Tal previsão está de acordo com a função social e com o modelo eudemonista de família, qual seja, de permitir que seus membros realizem-se pessoalmente, alcançando sua própria felicidade.

Traça a Carta Maior de Portugal, especificamente, as incumbências do Estado para a proteção da família. São elas, a promoção da autonomia comum dos membros que forma a unidade familiar; a promoção bem como a criação com a garantia de ingresso de uma cadeia em todo o território da nação de creches instrumentos comunitários para dar sustentáculo à família, elaborando também uma política pública para a terceira idade; realizar uma cooperação com os genitores para a instrução de sua prole; garantir o respeito da liberdade individual, o direito ao planejamento familiar, promovendo a informação e o acesso aos métodos e aos meios que o assegurem e organizar as organizações judiciais e seus procedimentos para possibilitar à realização da maternidade e da paternidade de forma consciente; Regular a reprodução de forma auxiliada, e que resguarde a dignidade da pessoa humana; ter impostos proporcional bem como implementar os benefícios sociais de maneira que estejam em harmonia ônus familiar; Definir as associações representativas das famílias e executar uma política de família com caráter global e integrado; Promover, através da concentração das várias políticas setoriais, a conciliação da atividade profissional com a vida familiar.

Consagrando o princípio da plena proteção da criança e do adolescente, a Constituição Portuguesa prevê que as crianças têm direito à proteção da sociedade e do Estado, aspirando ao progresso completo, em particular ao combate de qualquer meio de abandono, da violência e abuso do exercício do poder familiar e nas demais instituições¹⁴¹. Por sua vez, os jovens gozam de proteção especial para a efetivação dos seus direitos econômicos, sociais e culturais (art. 70º, CRP).

A Constituição da República Portuguesa prevê o princípio da proteção ao idoso, no art. 72º, no qual “as pessoas idosas têm direito à segurança econômica, à condições de habitação, convívio familiar e comunitário que respeitem a sua autonomia pessoal e superem o isolamento ou a marginalização social”.

¹⁴¹ Art. 60º, da CRP.

Desta feita, a política de terceira idade irá englobar medidas de caráter econômico, social e cultural, tendentes a proporcionar às pessoas idosas oportunidades de realização pessoal, através de participação ativa na vida da comunidade.

Também é previsto, na Constituição Lusitana, a proteção aos cidadãos portadores de deficiência física ou mental. Gozam, estes, plenamente dos direitos estando, porém, sujeitos aos deveres consignados na Carta Maior, ressalvados do exercício ou do cumprimento daqueles para os quais se encontrem incapacitados.

Desse modo, garante-se total dignidade a estes cidadãos, integrando-os, na maior medida possível, à sociedade, por conferir-lhes todos os direitos e deveres fundamentais, com exceção daqueles que, por sua deficiência, não o possam exercer.

4.2.2 – No Brasil.

O casamento tem previsão constitucional, no Brasil, desde a Constituição de 1891, quando, em seu artigo 72, §4º, reconhece somente o casamento civil. A Constituição de 1934, no artigo 146, atribui os efeitos civis ao casamento religioso, quando este fosse realizado em conformidade com a Lei Civil e após a sua inscrição nos assentamentos dos Registros Cíveis. A Constituição de 1937, delegou à legislação ordinária a regulamentação total do casamento e a lei civil permitia as núpcias civil, o matrimônio devoto, ou os dois tipos de casamento. A Constituição de 1946 voltou a atribuir os efeitos civis ao casamento religioso, quando este fosse realizado em conformidade com a Lei Civil e após a sua inscrição nos assentamentos dos Registros Cíveis, condicionado à observância dos impedimentos. Na Constituição de 1967, em seu artigo 175, § 2º e 3º, manteve ao casamento religioso os efeitos civis.

A Constituição da República do Brasil, de 1988, inaugurou uma nova fase ao Direito de Família, inovando quanto à relação da conceituação e quanto à proteção jurídica para família, o que imprimiu nas relações íntimas mudanças, proporcionadas pela evolução dos costumes.

Na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, são encontrados cinco artigos, dezessete parágrafos e nove incisos, que dispõem sobre a família.

O artigo 203, I, da CRFB/88, prevê que a assistência social tem por objetivo a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice.

O artigo 205, da CRFB/88, rege a educação como sendo um direito de todos e dever do Estado e da família.

O artigo 226, da CF/88, prevê a família como sendo à base da sociedade, portanto, tem especial proteção do Estado. O §1º, desse mesmo artigo, estipula que “o matrimônio é civil e sua cerimônia é graciosa”; o § 2º reconhece “o efeito civil ao casamento religioso”; o § 3º legitima “a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo o Estado facilitar sua conversão em casamento”; o § 4º afirma que “a entidade familiar é formada por qualquer dos pais e seus descendentes”; o § 5º estabelece o “exercício dos direitos e deveres, referentes à sociedade conjugal, ao homem e à mulher em igualdade”; o § 6º estipula “o fim do casamento civil pelo divórcio, após prévia separação judicial por mais de um ano ou comprovada separação de fato por mais de dois anos”; o § 7º assegura “os princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável no planejamento familiar de livre decisão do casal, com o Estado proporcionando recursos educacionais e científicos, excluindo qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas”; o § 8º assevera que “o Estado dará assistência à família na pessoa de cada um de seus integrantes, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações”.

No artigo 227 da CRFB/88, está estabelecido que “é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de evitar qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”.

O §5º, do artigo supracitado, “consagra a adoção assistida pelo Poder Público, nos termos da lei que a rege, bem como determina as condições em que a adoção poderá ser efetivada por estrangeiros”. O § 6º do art. 227, da CRFB/88, “celebra a igualdade entre os filhos, tendo, estes, os mesmos direitos e qualificações e proíbe qualquer discriminação entre os filhos havidos ou não da relação do casamento ou por adoção”.

O art. 229, da CRFB/88, determina a relação entre o dever de assistência e educação, dos pais aos filhos, bem como o dever de amparo, pelos filhos, aos pais na velhice, por carência ou enfermidade, sendo também um dever do Estado e da sociedade

este amparo, o que garante o direito a uma vida digna, em consonância com o artigo 230 da CRFB/88.

Verifica-se, ainda, a presença do princípio da convivência familiar. Tal princípio considera que, em regra, os pais devem permanecer junto com os filhos, independentemente de sua condição econômica. Tal situação só será excepcionada quando aqueles não cumprirem os seus deveres fundamentais para com seus filhos, mediante decisão judicial. Nesse sentido, anotam Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona Filho¹⁴².

Destarte, a CRFB/88 garante a dignidade para os seus cidadãos, em particular, à família, havendo, desta maneira, uma integração da sociedade e seu núcleo primeiro, conferindo-lhe os direitos e deveres fundamentais.

¹⁴²GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Direito de Família**. São Paulo: Editora Saraiva, 2016, p. 38. “O afastamento definitivo dos filhos da sua família natural é medida de exceção, apenas recomendável em situações justificadas por interesse superior, a exemplo da adoção, do reconhecimento da paternidade socioafetiva ou da destituição do poder familiar por descumprimento do dever legal”.

Conclusão.

Consoante demonstrado ao longo das linhas pretéritas, o matrimônio é uma Instituição que remonta desde a antiguidade e, desde então o homem vem sistematizando este instituto, editando normas reguladoras de determinada situação.

Essa afirmativa remonta a Lei de Moisés aos Códigos de Hamurabi e Manu, sendo o casamento desde esta época a pedra angular que dá base à sociedade, com características próprias. Assim, calcado nessa visão, evoluiu o referido Instituto, frente a situações da evolução natural do homem.

Todavia, com o desenvolvimento do pensamento, a normatização do casamento passou, a começar da Idade Média, ser de interesse da Igreja Católica, quando esta passa a controlar e regular o direito da família através do direito canônico, sempre afirmando que o matrimônio era a maneira legítima de constituir a família.

Dessa forma, a partir do período em que a Igreja se interessa pela regulamentação do casamento, até os dias de hoje, o casamento passa a ser a maneira legal de concretizar a convivência pública e contínua entre duas pessoas que, estabelecendo como objetivo a formação de uma família, constitui o vínculo conjugal realizado perante autoridade, arguindo a liturgia solene da realização do matrimônio.

Destarte, as definições de matrimônio se apresentam emparelhadas à aceção ideológica de perpetuidade, ou seja, a comunidade de vida dos esposos. No Digesto, há a referência ao direito humano e divino; Nas Institutas especificava a vinculação jurídica que tem a solenidade do matrimônio quando da aceitação do *affectio maritalis*, sendo o casamento um sacramento. Uma vez que, realizada a solenidade os consortes passam a formar um só ente de corpo e alma, indissolúvel, pois o homem não pode separar aqueles que Deus uniu¹⁴³.

Para o Professor Doutor Diogo Leite de Campos, o matrimônio é para a vida toda, indissolúvel, uma conjugação plena, exclusiva, total, completa da vida, transformando os esposos em uma só carne para todas as dimensões¹⁴⁴.

¹⁴³Cânone 1055, § 1º do Codex Canonici: A aliança matrimonial, pela qual o homem e a mulher constituem entre si uma comunhão da vida toda (*consortium totius vitae*), ordenada, por sua índole natural, ao bem dos cônjuges e à geração e educação da prole foi elevada, entre os batizados à dignidade de sacramento.

¹⁴⁴CAMPOS, Diogo Leite de, Campos, CAMPOS, Monica Martinez de. **Lições de Direito de Família**. 3ª ed. ver. e actualizada. Ed. Almedina S/A, Coimbra, 2017, p. 148/149. “o casamento é, um ‘consórcio

À vista disso, os doutrinadores empreenderam variadas elaborações para chegar a um conceito de casamento, se deparando com a árdua tarefa para reunir, em uma descrição, os inúmeros tópicos que contêm o instituto jurídico do matrimônio.

Assim, nos diversos tipos de atos jurídicos, consegue-se categorizar o consórcio matrimonial como uma exigência de um estado civil resultante de um órgão público que, por imposição de uma norma, coloca uma pessoa em uma categoria classificada juridicamente.

Desse modo, o matrimônio é um ato solene e complexo, requerendo a exteriorização das partes, com a intervenção do Estado pelo meio de uma autoridade que celebre o casamento.

Ressalta-se que, através das descrições constata-se nas Institutas, o Direito Canônico estabeleceu o matrimônio como uma relação contratual e perpétua. Fazendo-se, assim, uma analogia aos contratos em geral, pela razão de que nas relações contratuais há a necessidade da manifestação de duas vontades com um só objetivo, embora sejam destacados na sua essência.

Existe uma corrente doutrinária que propõe uma natureza jurídica ao casamento de cunho institucional, justificando a não impossibilidade dos nubentes de estabelecerem condições diversas das previstas em lei.

Desta forma os juristas estabeleceram as diferenciações, no âmbito da relação jurídica do matrimônio, do ato jurídico do consórcio matrimonial. Defendendo que a instituição do casamento seja um contrato de direito de família, um contrato institucional.

Assim, é unânime, nas inúmeras definições do matrimônio, o objetivo da criação e educação dos filhos, fruto deste contrato. Desta forma, o casamento legitima as intimidades carnavais e traz obrigações aos cônjuges em relação aos filhos.

O Direito Canônico assentou e distinguiu a reprodução humana como sendo a finalidade primordial para o casamento, não sendo este o exclusivo designo do consórcio matrimonial, mas sendo a procriação um efeito espontâneo do matrimônio.

de toda a vida', uma comunidade conjugal de vida, plena completa, total, exclusiva, indissolúvel, em que está empenhada toda a pessoa, que transforma os cônjuges numa só carne, em todos os aspectos do seu ser e da sua vida".

Além disso, o matrimônio e a sua celebração é um ato de fundamental importância na vida das pessoas, conforme leciona Eduardo dos Santos¹⁴⁵.

Desta maneira, podemos afirmar que o matrimônio constitui uma união afetiva que, através da celebração formal, é matrimonializada, além de ser um negócio jurídico completo. Quando as partes da relação afirmam seu consentimento mútuo, conforme estabelece a lei e rege o direito positivado, constituindo a união nupcial e os seus vínculos que dela decorrem, origina-se nos componentes da família os efeitos jurídicos tanto pessoais quanto patrimoniais.

Pode-se dizer, também, que o matrimônio é uma união nupcial, uma entidade sem personalidade que relaciona a obrigação de coabitar, serem os consortes, fieis um com o outro e escolherem um dos regimes de bens elencados na legislação civil.

Na evolução das legislações Portuguesa e Brasileira, observamos que, mesmo partindo de concepções originárias previstas nas ordenações Filipinas, Manuelinas e demais regulamentos, a partir de sua separação, observa-se que estas sociedades apresentam valoração semelhante, tendo a base inserta no casamento católico.

Observa-se, ainda, que, com a evolução das sociedades houve também a evolução das definições e atribuições do matrimônio tanto nas formas da solenidade quanto nas formas de dissolução. Houve, também, uma evolução conceitual e o afastamento de alguns dogmas religiosos seguindo, as legislações de Portugal e Brasil, o disposto na Carta da Organização das Nações Unidas – ONU, de 1946, no art. XVI, nº3, que define a família como sendo o próprio cerne do corpo social e, por este motivo, é assegurado que o Estado a proteja¹⁴⁶.

Desta forma, o matrimônio, em nossa opinião, é um negócio jurídico que contém, em sua constituição, a concordância recíproca entre duas pessoas, obedecendo aos preceitos legais, nos quais é acertado a formação de uma sociedade com vínculos

¹⁴⁵SANTOS, Eduardo dos. **Direito de Família**. Coimbra: Almedina, 1999, p. 144. “A importância do casamento é tal na vida das pessoas e da sociedade que ele não pode ficar à mercê da fortuitude ou clandestinidade. É preciso que não só os contraentes assumam a consciência do acto que celebram, mas também que a sociedade tenha dele público conhecimento. Aqui reside o fundamento da exigência da solenidade do casamento”.

¹⁴⁶Carta da Organização das Nações Unidas – ONU, de 1946, no art. XVI, nº 3. “**A família é o núcleo natural e fundamental da sociedade e tem direito à proteção da sociedade e do Estado**”.

conjugais e familiares, regulamentada pelo direito positivado, acarretando-lhe consequências jurídicas pessoais e patrimoniais, decorrentes dessa relação.

Essa constatação pode ser vista como necessária e legítima, considerando que o matrimônio visa resguardar valores caros à sociedade.

Destarte, o enlace matrimonial, tanto em Portugal como no Brasil, é fonte de afeto, de amizade, de dedicação e de solidariedade entre os membros que compõem as diversas relações que se originam com o casamento e a formação da entidade familiar.

Bibliografia.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Estatuto da família de fato**. 2ª ed. São Paulo: Ed. Atlas, 2002. ISBN 9788522461165.

Bíblia católica. I Epístola aos Coríntios, 7, 10-11.

BOLIEIRO, Helena; GUERRA, Paulo. **A criança e a família: uma questão de direito(s) – Visão prática dos principais institutos do Direito da família e das Crianças e Jovens**. 2.ª Edição. Coimbra Editora. Lisboa, 2014. ISBN 9789723222494.

CAMPOS, Diogo Leite. **As Relações de Associação, “o Direito sem Direito”**. Coimbra: Ed. Almedina, 2011. ISBN 9789724043852.

_____. **A Invenção do Direito Matrimonial: A Institucionalização do casamento**. Coimbra: Ed. Almedina, 1995. ISBN 9780120423989.

_____; CAMPOS, Mónica Martinez de. **Lições de Direito da Família**. Edições Almedina S.A., Coimbra, 2017. ISBN 9789724064932.

CANOTILHO, J. J. Gomes e MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa Anotada**, 3.ª edição revista, Coimbra: Coimbra Editora, 1993. ISBN 9788520330449.

CASANOVA, Catarina. **Introdução à antropologia biológica: Princípios evolutivos, genética e primatologia**. Lisboa: ISCSP-UTL, 2006. ISBN 9728726619.

CHAVES, João Queiroga. **Casamento, divórcio e união de facto**. 2.ª edição (revista, actualizada e aumentada). Lisboa: Quid Juris, 2010. ISBN: 9789727245413.

CÓDIGO CIVIL E DIPLOMAS COMPLEMENTARES. 17ª ed. Lisboa: Quid Juris sociedade editora, 2015. ISBN 9789727247257.

CÓDIGO CIVIL INTERPETRADO: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo/ Costa Machado, organizador; Silmara Juny Chinellato, coordenadora. 8ª ed. Barueri, SP: Manolo, 2015. ISBN 9788520440599.

COELHO, Francisco Pereira; OLIVEIRA, Guilherme de. **Curso de direito da família: Introdução, Direito Matrimonial. Vol. I**. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. ISBN: 9723210347.

COELHO, Francisco Pereira, RAMOS, Rui Manuel Moura e OLIVEIRA, Guilherme de. **in Curso de Direito da Família, Vol. II, Direito de Filiação, Tomo. I**, Coimbra Editora, Edição ou reimpressão: 2006. ISBN: 9789723213850.

- CONSTITUIÇÃO da República Portuguesa: Lei Constitucional n.º 01/2005, de 12 de agosto.** 2ª ed. reimp. Lisboa: Quid Juris sociedade editora, 2012. ISBN 9789727245864.
- CONSTITUIÇÃO FEDERAL INTERPETRADA:** artigo por artigo, parágrafo por parágrafo/ Antônio Claudio da Costa Machado, (organizador); Anna Candida da Cunha Ferraz, (coordenadora). Barueri, SP: Manolo, 2010. ISBN 9788520423240.
- COSTA, Carlos Celso Orcesi da. **Tratado do casamento e do divórcio.** São Paulo, Saraiva, 1987, v.1. ID:412349.
- CRETELLA JUNIOR, José. **CURSO DE DIREITO ROMANO: o direito romano e o direito civil brasileiro.** 26º ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2001. ISBN 8530914244.
- CUNHA, Paulo Ferreira da. **Direitos Fundamentais: Fundamentos & Direitos Sociais.** Lisboa: Quid Juris sociedade editora, 2014. ISBN 9789727246823.
- DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família.** 21ª ed., vol.5. São Paulo: Saraiva, 2006. ISBN – 9788502073647.
- EDORDO VOLTERRA. Matrimônio, (diritto romano), NssDI X (1964), p. 333/II.
- FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Direito das famílias.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. ISBN: 9788537509241.
- FUSTEL DE COULANGES, Numa Denis, 1830-1889. **A Cidade Antiga: estudos sobre o culto, o direito, as instituições da Grécia e de Roma.** Tradução de J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. – 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. – (RT-Textos fundamentais; 7). Título Original: **La Cité Antique.** ISBN 9788520339657
- GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Direito de Família.** São Paulo: Editora Saraiva, 2016. ISBN 9788547231293.
- GOMES, Orlando. **Direito de família.** 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro.** Vol. VI. Direito de Família. Editora Saraiva. 3º edição revista e atualizada. São Paulo, 2007. ISBN 978-85-472-0206-4.
- IBÁN, Iván C. **Notas para una propuesta de definición del matrimonio.** *Revista de Derecho Privado.* Madrid, (maio 1993), p. 577-84.
- JEMOLO, Arturo Carlo. **El matrimonio.** Tradução de Santiago S. Melendo e Marino A. Redin. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa–America, 1954.
- LIMA, Domingos Sávio Brandão. **Casamento.** Enciclopédia Saraiva do Direito, v. 13.

- MELLO, Roboredo de Sampaio. **Família e Divórcio**, 1906.
- MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **TRATADO DE DIREITO DE FAMÍLIA**. Max Limonad Editor. São Paulo. 3º ed., Vol. I. ISBN 9788574682839.
- MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. **Constituição Anotada**. Tomo I. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. ISBN 9723213079.
- MONCADA, Luis Cabral de. **O Casamento em Portugal na Idade Média citado na obra História do Direito Português**. Apontamentos das lições dadas ao 1º ano de 1965-1966 pelo Doutor Nuno Espinosa Gomes da Silva, 1º Assistente encarregado da cadeira em Lisboa. Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa. 1965.
- MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil. Direito de Família**, Vol. 2. 40ª ed. São Paulo:Ed. Saraiva, 2005. ISBN 9788502090286.
- _____. **Curso de Direito Civil. Direito de Família**, vol. 2, 39ª ed., São Paulo, Saraiva, 2004. ISBN 9788502167339.
- OMENA, Nivaldo Wanderley de. **Da Barbárie Ao Humanismo**. Salvador: Contemp, 1989.
- PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de Direito Civil: Direito de Família**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. ISBN 9788530923761.
- _____. **Instituições de Direito Civil**, v. 5. Ed. Forense, São Paulo, 2015. ISBN 9788530960636.
- PINTO, Carlos Alberto da Mota; MONTEIRO, António Pinto; PINTO, Paulo Mota. **Teoria Geral do Direito Civil**. 4º ed. Ed. Coimbra, Lisboa. 2005. ISBN 972-32-1325-7.
- PORTUGAL. Constituição, 1976. **Constituição portuguesa anotada**. Jorge Miranda, Rui Medeiros. 2ª ed. revista. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2017. ISBN 9789725405413.
- PROENÇA, José João Gonçalves de. **Direito da Família**. 4.ª ed. rev. e atual. Coleção Manuais. Lisboa: Universidade Lusíada Editora, 2004. ISBN – 978-989-640-015-6.
- RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil – Direito de Família**. vol 6. 28ª ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2002. ISBN 8502044931.
- SANTOS, Eduardo dos. **Direito da Família**. 2.ª ed. Coimbra: Almedina, 1999. ISBN – 9724011801.

SARMENTO, Daniel. **A Ponderação de Interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2002. ISBN 8571474710.

SOUZA, Rabindranath Valentino A. Capelo de. **A Adopção: Constituição da relação adoptiva**. Gráfica de Coimbra. Coimbra. 1973.

TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. **Direito Civil - Direito de Família**. São Paulo: Método, 2012. ISBN 9788530944711

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Lei de Introdução e Parte Geral**. Vol. 1. 12. edição. Rio de Janeiro: Forense, 2016. ISBN 9788530978167.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil, Direito das Sucessões**. 3ª ed. Atlas editora, São Paulo SP. 2003. ISBN 9788522475643.

WALD, Arnold. **Curso de Direito Civil Brasileiro: O Novo Direito de Família**. 15ª ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2004. p. 762. ISBN 8502043781.

a) Internet

ASSEMBLÉIA Geral das Nações Unidas, Nova York (10-12-48) – **Declaração Universal dos Direitos Humanos** [Em linha]. [Consult. 20 Mar. 2018]. Disponível em <http://www.dudh.org.br/wp-content/uploads/2014/12/dudh.pdf>.

BRITO NETO, Walter. **FAMÍLIA: Implicações em torno do vínculo**. 15 de Nov. de 2011. [Em linha]. [Consult. 30 de Out. 2018]. Disponível em: <http://walterbritoneto.blogspot.com.br/2011/11/familia-implicacoes-em-torno-do-vinculo.html>.

CARTA dos direitos fundamentais da união europeia. **Jornal Oficial das Comunidades Europeias, 2000**. [Em linha]. [Consult. 30 Mar. 2018]. Disponível em http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf.

CÓDIGO DE DIREITO CANÓNICO, [em Linha]. [Consult. 10 Abr. 2018]. Disponível em http://www.vatican.va/archive/cod-iuris-canonici/portuguese/codex-iuris-canonici_po.pdf

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Casamento e regime de bens. Revista Jus Navigandi** [Em linha]. Teresina. Ano 8, n.º 65 [Mai.2003]. [Em linha]. [Consult. 8 Abr. 2016]. Disponível em <http://jus.com.br/artigos/4095>.

JATOBA, Clever. **A compreensão do casamento no Direito Civil Brasileiro: Conceito e Natureza Jurídica – Parte I – 31 de Mar. 2014**. [em Linha]. [Consult.

02 Abr. 2016]. Disponível em <http://cleverjatoba.blogspot.com.br/2014/03/casamento-parte-1.html>.

LEITE, Gisele; HEUSELER, Denise. **A evolução conceitual de casamento na sistemática brasileira**. [Em linha]. [Consult. 13Abr. 2019]. Disponível em www.conteudojuridico.com.br/pdf/cj042978.1300402016.pdf.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Entidades Familiares Constitucionalizadas: para além do numerus clausus**. Jus Navegandi, Teresina, ano 6, n. 53, jan. 2002. [Em linha]. [Consult. 15 Ago. 2018]. Disponível em <http://jus2uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2552>.

Ordenações filipinas. [Em linha]. [Consult. 09mai. 2018]. Disponível em <http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/l4p832.htm>.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – STJ. [Em linha]. [Consult. 02 jan. 2019] Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/STJ>

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – STF. [Em linha]. [Consult. 30 nov. 2018] Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/>

TARTUCE, Flavio. **Novos princípios do direito de família brasileiro**. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: [Em linha]. [Consult. 02 jan. 2019]. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.22637>.

b) Jurisprudência consultada e citada

Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4.277, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – STF., acessível em: <http://portal.stf.jus.br>.

Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 132, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – STF., acessível em: <http://portal.stf.jus.br>.

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 27-02-2014 (Proc. 1035/06.5TBVFX-A.L1-2), acessível em www.dgsi.pt.

Acórdão da Relação do Porto, de 31-10-2013 (Proc. 879/09.OTBL.MG.P1), acessível em www.dgsi.pt.

Acórdão do Superior Tribunal de Justiça, de 24-04-2012, REsp nº 1.159.242-SP (2009/0193701-9), acessível em: <http://www.stj.jus.br>.

Acórdão do Superior Tribunal de Justiça, de 01-02-2012, REsp nº 1.183.378 - RS (2010/0036663-8), acessível em: <http://www.stj.jus.br>.

Súmula 364 do Superior Tribunal de Justiça – STJ, acessível em: <http://www.stj.jus.br>.

c) Outras fontes

Revista Ministério Público, nº 116 – Out/Dez 2008, in “**Incumprimento da parentalidade e comprometimento dos vínculos pró**