



DEPARTAMENTO DE DIREITO
MESTRADO EM DIREITO
ESPECIALIDADE EM CIÊNCIAS JURÍDICAS
UNIVERSIDADE AUTÓNOMA DE LISBOA
“LUÍS DE CAMÕES”

**O CASAMENTO COMO BASE DA FAMÍLIA COEXISTINDO COM A
EVOLUÇÃO DO DIVÓRCIO**

Dissertação para a obtenção do grau de Mestre em Direito

Autora: Yara Cristina Marks Vieira

Orientador: Professor Doutor António Alfredo Mendes

Número da candidata: 20150260

Agosto de 2019

Lisboa

DEDICATÓRIA

Dedico esta dissertação a todos aqueles que acreditaram na minha capacidade de vencer, de inovar, de ousar; e incentivaram-me para que cada dia eu pudesse subir um degrau. Em especial à minha mãe, que sempre está ao meu lado dizendo: “tenha força filha querida”; a fase foi difícil, porém de superação.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente agradeço a Deus, nosso Senhor de todos os dias, a quem tanto recorro, pois a fé que me move é a responsável por eu conseguir chegar até este privilegiado momento.

Agradeço aos meus amigos Neusa, Gláucia, Cláudio e João Pedro que com tanta bondade, carinho e disponibilidade receberam-me em sua casa, em Portugal, como se da família eu fosse; meus agradecimentos são imensuráveis.

Agradeço à minha amiga Luciana pela amizade; amizade esta que nasceu no começo deste curso, e, com ela, transmitiu-me muita segurança e companhia.

Agradeço à minha mãe por dizer “não desista”.

Agradeço e dedico aos meus filhos que de uma forma ou de outra me ajudaram; seja por existirem, seja desejando boa viagem, seja desejando sucesso, sempre ao meu lado e ao João César pelo apoio financeiro e força para eu não desistir deste projeto.

Agradeço ao meu Professor Orientador Doutor António Alfredo Mendes que, de pronto, aceitou meu convite para ser meu orientador. Escolha certa a minha, pois sua simpatia valeu nossa interação; mesmo com tantos quilômetros de distância.

Agradeço à Universidade UAL e ao serviço de apoio, e, por fim, a todos os colegas de sala que apoiaram e aplaudiram as apresentações, e, depois delas, era só comemoração e alegria; parabéns e sucesso a todos.

EPÍGRAFE

“Ó mar salgado, quanto do teu sal
São lágrimas de Portugal!
Por te cruzarmos, quantas mães choraram,
Quantos filhos em vão rezaram!

Quantas noivas ficaram por casar
Para que fosses nosso, ó mar!
Valeu a pena? Tudo vale a pena
Se a alma não é pequena.

Quem quer passar além do Bojador
Tem que passar além da dor.
Deus ao mar o perigo e o abismo deu,
Mas nele é que espelhou o céu.”

Fernando Pessoa

Mar Português

RESUMO

Esta dissertação, em primeiro momento, apresenta a investigação com o objetivo de demonstrar que o casamento, desde os tempos mais remotos até a atualidade, seja em qual estrutura apresente-se, é a base da família. Demonstrem-se, através de pesquisa bibliográfica, conceitos de vários catedráticos portugueses e brasileiros nos quais, embora uns defendam o casamento como um contrato e outros o defendam como um instituto, a finalidade é a mesma: a construção de um núcleo familiar com base em si mesmo. Confirma-se, no decorrer da dissertação, que a vontade dos nubentes (pessoas) é a construção da família e de uma vida conjugal perpétua com amor e afinidades. O sentido social da família é firmado num primeiro prisma visando à procriação, pois o casamento é celebrado e lavrado para depois evoluir com o nascimento do(s) filho(s). Porém, com o passar dos tempos e com a modernidade a avançar, surgiram outros tipos de união (casamento) – (homoafetivo, por exemplo) nos quais, apesar de não existir esse fim natural, existe a vontade de formação do núcleo familiar da mesma forma, seja o agrupamento por afinidade, seja pela adoção ou pela procriação medicamentosa. Desta forma o casamento tanto é uma entidade, como um instituto, ou um contrato. Sendo assim, encadeia-se de forma consecutória a base da família pelo casamento, pela união, e, desta forma, o desfazimento do casamento também se dá, a contrariar a perpetuação da união, como era instituído nos primórdios dos tempos. O divórcio foi introduzido vagarosamente e sua notória evolução se fez de acordo com as necessidades da própria sociedade nos dois países, Portugal e Brasil. A história da Lei do Divórcio deu um salto evolutivo em pouco mais de uma década, onde dispensa o lapso temporal anteriormente obrigatório. Outra evolução notória é que a culpa foi banida, não sendo mais necessária sua comprovação, e, desta forma, o casamento é desfeito bastando um da relação não ter mais vontade de permanecer casado, não ter afeto pelo outro ou não ter interesse em continuar a relação. Por fim se chega à conclusão de que o casamento sempre foi a base da família, e continua a ser, mesmo nos tempos modernos, evoluindo em sua formação e com ele demonstrando e coexistindo mesmo na evolução da lei do divórcio, pois a necessidade da lei do divórcio evoluir é proporcional ao quanto for necessário para acompanhar a evolução da sociedade; devido ao facto de o ser humano ser diverso e seus sentimentos e necessidades alterarem-se constantemente.

Palavras-chave: casamento – família – divórcio – evolução.

ABSTRACT

This dissertation, firstly, presents the research as an objective to demonstrate that marriage, from the earliest times to the present day, in whatever form, is the basis of the family. Through bibliographical research, concepts of various Portuguese and Brazilian professors are shown that, even if some defend marriage as a contract and others as an institute, the purpose is the same: the construction of a family nucleus based on itself. It is demonstrated during the dissertation that the will of the betrothed (people) is the construction of the family and a perpetual conjugal life with love and affinities. The social meaning of the family is affirmed in a first perspective aiming at procreation because the marriage is celebrated and worked out and then evolves with the birth of the child(ren). In other types of marriage, (homosexual, for example) there is no such natural end, but there is a willingness to build the family nucleus in the same way, whether it is grouping by purpose, adoption or medically assisted procreation. Thus marriage is both an entity, an institute, and a contract. So, it corollaries the family base by marriage, by the union, and thus the breakup of the marriage, contrary to the perpetuation of the union, as it was instituted in the early days. Divorce was introduced slowly and its noticeable evolution was under the needs of society itself in both countries, Portugal and Brazil. The history of the Divorce Law has made an evolutionary leap in just over a decade, where the previously mandatory time-lapse is dispensed with. Another noticeable development is that the guilt has been banned, no longer necessary, and the marriage is broken if one person of the relationship has no desire, affection, interest in continuing the relationship. Finally, it is concluded that marriage has always been the basis of the family and continues to be, even in modern times, evolving in its formation and demonstrating and coexisting even in the evolution of divorce law, since the need for divorce law evolution is commensurate with how much is necessary to keep up with the evolution of society because the human being is diverse and his feelings and needs are constantly changing.

Keywords: marriage – family – divorce – evolution.

SIGLAS

AAFDDL – Associação Académica da Faculdade de Lisboa

Art. – Artigo

Atual. - Atualizada

CC – Código Civil

CCP – Código Civil Português

CONSULT - Consulta

CR - Constituição Da República

Ed – Edição

IBDFAN – Instituto Brasileiro De Direito De Família

ISBN - International Standard Book Number

Min - Ministro

P – Página

PP – Páginas

REsp – Recurso Especial

REV – Revisada/Revista

REIMP - Reimpressão

STF - Supremo Tribunal Federal

STJ - Superior Tribunal de Justiça

TJDFP - Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios

V - Volume

SUMÁRIO

DEDICATÓRIA	2
AGRADECIMENTOS	3
EPÍGRAFE	4
SIGLAS	7
INTRODUÇÃO	9
CAPÍTULO 1	12
1.1 CONCEITO DE CASAMENTO SEGUNDO DOUTRINADORES PORTUGUESES E BRASILEIROS	12
1.2 DA FAMÍLIA E DO CASAMENTO: ORIGENS	19
1.2.1 A Família, casamento e o Parentesco	19
1.3 CASAMENTO E FAMÍLIA NA ROMA ANTIGA E NA GRÉCIA ANTIGA	29
1.3.1 Da importância do estudo do casamento na Roma Antiga	29
1.3.2 Do casamento na Grécia Antiga	33
1.4 CASAMENTO E FAMÍLIA NO MUNDO OCIDENTAL	37
1.4.1 O Impacto do Cristianismo na Família e no Casamento	37
CAPÍTULO 2	46
2.1 BREVE HISTÓRICO DO CASAMENTO A PARTIR DO BRASIL IMPÉRIO ATÉ OS DIAS DE HOJE	46
2.2 EFEITOS DO CASAMENTO	48
2.2.1 Artigo 1566.º	48
2.2.2 Artigo 1671.º	49
2.2.3 Artigo 1672.º	49
2.2.4 Artigo 1673.º	49
2.3 BREVE HISTÓRICO DO CASAMENTO EM PORTUGAL	51
CAPÍTULO 3	57
3.1 A EVOLUÇÃO DA LEI DO DIVÓRCIO	57
3.2 O DIVÓRCIO NO BRASIL	59
3.2.1 Emenda Constitucional nº 66/2010: a desnecessidade do apontamento da Culpa dos cônjuges	69
3.3 O DIVÓRCIO EM PORTUGAL	73
3.3.1 Lei 61/2008 do Divórcio em Portugal	81
3.3.2 A Nova Lei do Divórcio em Portugal	82
CONCLUSÃO	86
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	89

INTRODUÇÃO

A presente dissertação tem como objetivo a obtenção do título de mestre em Direito junto à Universidade Autónoma de Lisboa tendo como orientador o Professor Doutor António Alfredo Mendes.

A metodologia adotada para o desenvolvimento da dissertação apoiou-se nos métodos dedutivo, dialético e bibliográfico, sendo realizada a partir de pesquisas bibliográficas. Foram utilizados os diplomas legais dos quais Portugal e Brasil são signatários, dentre outros meios de pesquisa; todos apontados referencialmente.

No que se refere ao procedimento, os métodos adotados foram os históricos e comparativos.

Primeiramente são transcorridos conceitos sobre o casamento e demonstrado sua resistência ao tempo e às culturas diversas, assim como conceitos de casamento segundo doutrinadores com o objetivo de confirmar que o casamento traz uma forma de união que explicitamente demonstra ser a base da família.

O direito do homem e da mulher em se casar e constituir família está consagrado na Declaração Universal dos Direitos Humanos em seu artigo 16º, respaldado na Constituição da República Federativa do Brasil.

O casamento passa a ser a base da família legítima, principalmente a partir da era cristã, e, hodiernamente, de forma clara, respaldada e registada pela antropologia, por estudos de catedráticos e lecionada nas escolas de direito.

A família é um instituto mutante, adapta-se às necessidades da humanidade e da sociedade assim como o é também o casamento, testemunhando a variedade histórica; ressalta-se que hoje em dia alicerça a sociedade moderna, como exemplo de mudança, onde se lia homem e mulher – conforme o Código Civil - atualmente lê-se pessoas, a comprovar ser o direito uma ciência, pois é moldável às próprias necessidades da sociedade.

O professor Diogo Leite de Campos aduz: “É a família que humaniza o ser humano, fazendo a ponte para o ser com os outros através da demonstração do amor”¹, onde traz o amor, sentimento indispensável para união entre casal e formação da família.

Para se ter conhecimentos das origens da humanidade foram resgatados nos antepassados desenhos, vestígios, costumes, assim como indícios da época remota, e traduzidas nas formas de vivência mais verossímeis possíveis e amplamente estudadas pelos antropólogos no intuito de esclarecer, com os antepassados, o formato da vida hodiernamente vivida e de forma comparativa com a atualidade.

Quando se trata de casamento, é *conditio sine qua non* mencionar a época Romana que concretizou o matrimónio como “comunidade concreta de vida”, sustentada pelo *affectio maritalis*, onde a consciências dos nubentes por aquela união era matrimónio, pois se tratava de um facto social e não de uma relação jurídica.

O casamento Romano era composto da consciência de uma união perpétua. Havia subordinação aos princípios morais, era monogâmico e concretizado em comunidade de vida e associação doméstica, com o fim de se ter descendentes de pleno direito.

Na Grécia Antiga, como em muitas outras sociedades do passado, os casamentos eram vistos muito mais como alianças entre famílias e como uma convenção social cujo objetivo principal era a geração e o cuidado com a prole. Era fundamental, antes de mais nada, assegurar a continuidade da família, e, com ela, do culto doméstico e da *polis*.

O objetivo era sobretudo ter filhos varões – ao menos um – para perpetuar o nome da família e a reverência aos antepassados por meio da religião doméstica transmitida a cada geração.

Com efeito, o casamento é um ato solene que apresenta consequências jurídicas no ordenamento jurídico. Esses efeitos se espalham no ambiente social, nas relações econômicas e pessoais dos cônjuges, e nas relações patrimoniais.

Neste viés, discorre-se sobre o casamento em Portugal e no Brasil, que são países que vivem no Estado Democrático de Direito, onde não cabem preconceitos e prima-se pelo princípio da igualdade de direito e pela vida privada, ambos amparados constitucionalmente.

¹ CAMPOS, Diogo Leite de; CAMPOS, Mónica Martinez - **Lições de Direito da Família**. reimp. 3.^a ed. Coimbra: Almedina, 2017. p. 13.

Contudo, há respaldo na Constituição e em diplomas legais para que o casamento possa ser dissolvido pelo Divórcio, portanto, assim como outros institutos, a Lei do Divórcio apresentou evoluções com o passar dos tempos, onde em Portugal, com a Lei 61/2008, permite o divórcio direto, sem a necessidade de demonstração de culpa e sem lapso temporal para sua efetivação.

Porém, no Brasil, foi em meados de 2010, com a Emenda Constitucional nº 66, que houve a alteração na Lei do Divórcio a alicerçar, da mesma forma que em Portugal, o Divórcio direto sem que fosse mais necessário o lapso temporal e a abolir a comprovação da culpa de um dos cônjuges.

Em ambos os países o novo regime jurídico do divórcio não exige mais a culpa como fundamento e concretiza o fim do vínculo matrimonial na ruptura da vida em comum, e, ao eliminar a culpa, ficam centralizadas as atenções nas verdadeiras questões que realmente precisam ser resolvidas, a preservar a intimidade de ambos. Conforme aduz Alberto Martins “o novo regime jurídico do divórcio é, enfim, inovador e adaptado à realidade da sociedade familiar e conjugal actual”².

Atualmente pode a pessoa casar-se e divorciar-se quantas vezes entenda necessário para que concretize sua vida sentimental, realize-se e possa desfrutar de uma vida conjugal e familiar saudável, que, aliás, é o propósito mais almejado.

² MARTINS, Alberto - **Nova Lei do Divórcio**. 1.^a ed., 2008. ISBN 978-972-99156-3-5. p. 9.

CAPÍTULO 1

1.1 CONCEITO DE CASAMENTO SEGUNDO DOUTRINADORES PORTUGUESES E BRASILEIROS

Mister e basilar é primeiramente salientar que o instituto – CASAMENTO – é resistente ao tempo e às culturas diversas, e também se faz importante apontar alguns conceitos de casamento, segundo doutrinadores, com o objetivo de demonstrar que o casamento constante em todos os conceitos traz uma forma de união que explicitamente demonstra ser uma base familiar.

Verifica-se que o casamento é um contrato, é um estado, mas não se pode deixar de lado os valores individuais e sociais respaldados pela Constituição e por outros diplomas legais.

Neste sentido cita Luis da Cunha Gonçalves³ o artigo 1056.º: O casamento é um contrato pertétuo feito entre duas pessoas de sexos diferentes com o fim de constituírem legitimamente a família.

Gonçalves ensina que:

“É o casamento, porventura, a mais importante e grave das instituições de direito privado de todos os povos, ainda os mais atrasados.<<*Matrimonium est principium urbis et quasi seminarium reipublica*, disse Cícero, - *nihil in rebus mortalium perinde venerandum est atque matrimonium*>>. E, sendo muitas normas do direito vigente, apenas, uma sobrevivência de usos e costumes multi-seculares, não é inteiramente deslocado esboçar aqui, a largos traços, a evolução por que, no decurso dos séculos, passou ou deve ter passado o casamento”.

Segue lecionando quanto à história do casamento:

“A teoria mais em voga é que afirma ter a humanidade atravessado, quanto á união conjugal, quatro fases sucessivas: a da *promiscuidade absoluta*, a do *matriarcado* e a do *patriarcado*, terminando êste pelo sistema da família independente, ou, como diria Le Play, *família instável*, que é a dos nossos tempos. [...] Tudo isto, porém, não permite a excessiva generalização de tais factos. A monogamia, pelo menos temporária, é instintiva do homem no homem; pois que, sendo observada símios antropoides e outros animais inferiores, não é natural que sòmente o homem a ela fòsse avêssso. A poligamia e a poliandria, longe de serem instituições gerais e naturais, são factos excepçioais, sendo, a segunda desconhecida pela grande maioria dos povos; são costumes artificiais, provocados pela fôrça das circuntâncias e mantidos pela tradição. Assim, a poligamia devirou, ora da tendência de ostentar, por fprma especial, a riqueza e o fausto, como entre os semitas, mòrmente entre os príncipes e os próceres orientais”.

³ GONÇALVES, Luís da Cunha – **Tratado de Direito Civil em comentário ao Código Civil Português**. Volume VI, Editora: Coimbra, 1932. pp. 42

A Corroborar com o posicionamento, Jorge Augusto Pais de Amaral aduz:⁴

“A maior parte das legislações estrangeiras considerou desnecessária a definição de casamento. A tradição do nosso sistema jurídico tem seguido orientação diferente. Assim, já o Código Civil de 1867 definia o casamento como sendo “um contrato perpétuo feito entre duas pessoas de sexo diferente, com o fim de constituírem legitimamente a família” (art. 1056.º). A definição foi reproduzida, com leve alteração, no art. 1.º do Decreto n.º 1, de 25 de Dezembro de 1910. Dele foi iliminada a palavra perpétuo, mas contém o art. 2.º referência de que se presume <<perpétuo, sem prejuízo da sua dissolução por divórcio>>. Actualmente o art. 1577.º do Código civil continua a definir o casamento como um contrato. Não faz, porém, qualquer alusão à sua pertetualidade. Contudo, isso não significa que o casamento não seja uma relação duradoura, como o são todas as relações familiares. Sendo duradoura gera um estado civil ou jurídico – o estado de casado. É vedado aos nubentes cebebrar seu casamento sob condição ou a termo – art. 1628.º, n.º 2 do Código Civil. O casamento, ou melhor, a relação matrimonial tende a durar toda a vida dos cônjuges. Só a morte de um ou de ambos os cônjuges deveria ocasionar a dissolução natural”.

Amaral segue ensinando que ser perpétuo não significa ser indissolúvel e explica que a relação matrimonial tende a ser perpétua, mas passível de ser dissolvida pelo divórcio. Aduz que: “antes, porém, da sua dissolução, a relação matrimonial passa, algumas vezes, por diversas “crises”, às quais podem conduzir a situações que ficam aquém da ruptura”.

Já Antunes Varela, leciona que “o casamento é o *acto* jurídico fundamental do direito de família, pois através do vínculo matrimonial se constituiu o cerne da sociedade familiar”⁵.

Atesta o autor que não há família ou sociedade familiar fora do matrimónio e segue a dizer que “a pessoa casada, que viva em regime de concubinato com terceiro, não tem duas famílias. Tem uma só, a proveniente do matrimônio, da qual se pode encontrar afastada, por qualquer razão, mas que só finda com a extinção do casamento e da prole dele nascida.”⁶

Ainda afirma que “a família passou deste modo a constituir um núcleo social de importância capital na vida económica da comunidade nacional, não apenas como agregado de *consumo*, mas principalmente como agregado de produção”⁷.

Segundo Alberto Martins no prefácio do livro Nova Lei do Divórcio, temos que:

“O casamento é um contrato pessoal de quem pretende constituir família mediante plena comunhão de vida. Esta realção contratual, que assenta num princípio de igualdade entre as partes, tem como resultado que a sociedade conjugal deve

⁴ AMARAL, Jorge Pais de – **Do casamento ao divórcio**. 1ª ed. Editora: Arco-íris. Lisboa, 1997. ISBN 972-762-049-3. pp. 10-11.

⁵ VARELA, Antunes – **Direito de Família**. 1º v. 5ª ed. rev., actual. e comp. Lisboa, Livraria Petrony, 1999. ISBN 972-685-083-5. p. 47-49.

⁶ *Idem - Ibidem*

⁷ *Idem - Ibidem*

manter-se enquanto for essa a vontade dos seus membros, pois só deste modo a relação matrimonial pode desempenhar o papel relevante e centralizador que assume na sociedade actual”⁸.

De início, o direito do homem e da mulher em casar-se e constituir família está consagrado na Declaração Universal dos Direitos Humanos em seu artigo 16º com a seguinte redação:

“Os homens e mulheres de maior idade, sem qualquer restrição de raça, nacionalidade ou religião, têm o direito de contrair matrimônio e fundar uma família. Gozam de iguais direitos em relação ao casamento, sua duração e sua dissolução.

§1º. O casamento não será válido senão com o livre e pleno consentimento dos nubentes.

§2º. A família é o núcleo natural e fundamental da sociedade e tem direito à proteção da sociedade e do Estado”⁹.

No livro *Direito de Família*, de José Lourenço Junior, do ano de 1.935, o autor começa o estudo a aduzir que o casamento é a base, a origem da família legítima e a demonstrar que o legislador veio apenas para disciplinar tal facto que já era uma necessidade social, no qual:

“A união dos esposos, até para a perpetuação da espécie; atendeu, naturalmente, à função natural da sociedade conjugal, a esse substratum moral que a família apresentava, e reconheceu que pela importância social do agregado familiar o Estado não podia continuar a desinteressar-se, como durante muito tempo fêz, dessa instituição familiar”¹⁰.

Um aspecto de total relevância é que nem sempre as mudanças significam evolução, e sim uma adaptação necessária à sociedade.

Segundo Dimas Messias de Carvalho:

“Casamento é uma instituição histórica, milenar, sacralizada, que engloba valores culturais, sociais, religiosas, biológicas, morais e jurídicas. Por séculos foi regulado pela religião, inclusive no Brasil, já que era disciplinado pelo Direito Canônico até a proclamação da República e a edição do Decreto 181, de 24 de janeiro de 1890, que instituiu o casamento civil”¹¹.

Carvalho continua a aduzir que:

”O art. 1.511 do Código Civil dispõe que “o casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges”, enquanto o art.

⁸ MARTINS, Alberto - **Nova Lei do Divórcio**. 1.ª ed., 1997. ISBN 978-972-99156-3-5.

⁹ DOTI, René Ariel - **Declaração Universal dos Direitos Homem e notas de legislação brasileira**. 2ª ed. Editora: JM, Rio de Janeiro, 1999.

¹⁰ LOURENÇO, José – **Direito de Família**. Lisboa, 1935. p. 3.

¹¹ CARVALHO, Dimas de Messias – **Direito das Famílias**. 2ª ed. Editora: Unilavras., 2014. ISBN 978-85-67895-00. p.109.

1.565 acrescenta que “pelo casamento, homem e mulher assumem mutualmente a condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos da família”¹².

Segue o autor a dizer que:

“O casamento, entretanto, em que pese o reconhecimento jurídico de outras entidades familiares, protegidas pelo Estado, continua gozando de maior importância, prestígio e tradição como modelo de família. A ampla liberdade de planejamento familiar e as opções de escolha de modelos de constituição de família não o enfraquecem”¹³.

Carvalho corrobora com o entendimento de Farias e Rosenvald, a lecionar no mesmo sentido, quando afirma que “durante o Código Civil de 1916, o casamento era a única forma de instituir a família legítima, o que somente foi modificado com a Constituição Federal de 1988, ao acolher outras formas de constituição da família”¹⁴.

Leciona o catedrático Diogo Leite de Campos que “o casamento, enquanto estado, é uma comunhão plena de vida, é um constante viver de cada cônjuge”, e verifica-se que o ser humano vive para outro, como segue:

“Partimos de uma antropologia aberta. Em que o ser humano seja, antes de tudo, auto posseção, irreduzível subjectividade; pessoa subsistente em todos os momentos; recusa de objectivação do sujeito, com uma dignidade que recusa qualquer exteriorização ou massificação; ser livre e auto-responsável, determinando os seus fins e os meios para os atingir. Aqui, o sujeito começa a perceber que o afirmar-se é comunicar: o sujeito afirma-se na relação com os outros. Através de uma circularidade ética que, assente na liberdade, é hermenêutica (conhecendo os outros). O ser estabelece, pois, pontes com os outros. Esta abertura verifica-se ser constitutiva do próprio ser, num círculo de êxodo e regresso a si mesmo que constitui a vida pessoal. A vida de uma pessoa é para os outros: amar, para ser amado; dar, para receber; comunicar para humanizar; transmitir para conhecer. A comunicação, “o ser para”, é a própria vida do ser pessoal. Sem comunicação com os outros, a “humanização” é barbárie. Quando a comunicação se interrompe, sobrevem a morte. O ser para os outros não é um mais que se junta à pessoa humana; é constitutivo desta”¹⁵.

Para o doutrinador Paulo Nader, o casamento pode ser definido como:

“Negócio jurídico bilateral que oficializa, solenemente, a união exclusiva e por tempo indeterminado de duas pessoas de sexo distinto, para uma plena comunhão de interesses e de vida”¹⁶.

¹² CARVALHO, Dimas de Messias. *Op. Cit.* p. 110.

¹³ CARVALHO, Dimas de Messias. *Op. Cit.* p. 111.

¹⁴ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson - **Curso de Direito Civil. Famílias**. 4ª ed., rev., atual. e amp., vol. 6. Salvador: Editora Juspodivm, 2014. pp. 183-184.

¹⁵ CAMPOS, Diogo Leite e MARTINEZ DE CAMPOS, Mônica. **A Comunidade Familiar**. Guilherme de OLIVEIRA. Textos de Direito da Família para Francisco Pereira Coelho. Coimbra: Imprensa da Universidade, 2016. pp. 9-30.

¹⁶ NADER, Paulo - **Curso de Direito Civil: Direito de Família**. 1.ª ed. v.5. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 45.

No mesmo viés, Maria Helena Diniz aduz:

“O casamento é o vínculo jurídico entre o homem e a mulher que visa o auxílio mútuo material e espiritual, de modo que haja uma integração fisiopsíquica e a constituição de uma família”¹⁷.

Segundo José Proença:

“No fundo, não há, nem nunca houve, um conceito universal válido de casamento [...] o que há e sempre tem havido, é uma ideia comum a todas as modalidades de casamento (máxime nos países de civilização idêntica à nossa): A ideia de que o casamento é um acordo entre duas pessoas [...], com vista ao estabelecimento de uma plena comunhão de vida e celebrado em conformidade com a lei”¹⁸.

Cristiano Farias e Nelson Rosenvald definem o casamento como: “entidade familiar, merecedora de especial proteção estatal, constituída, formal e solenemente, entre pessoas humanas, estabelecendo uma comunhão de afetos (comunhão de vida)”¹⁹.

Também a conceituar o casamento, Arnaldo Rizzardo:

“E o casamento vem a ser um contrato solene pelo qual duas pessoas [...] se unem para constituir família e viver em plena comunhão de vida e de interesses e comprometendo-se a criar e educar a prole”²⁰.

Castro Mendes segue o mesmo raciocínio em seu conceito: “O casamento é um contrato. É, pois, fundamentalmente para a lei, um negócio jurídico bilateral, um acordo entre duas partes”²¹.

Seguindo nesse prisma, o jurista Manuel Mendes, no livro *Guia do Casamento*, aduz que a promessa de casamento é “um acordo (juridicamente, “um contrato”) pelo qual duas pessoas se comprometem a contrair matrimónio”²².

No Código Civil Português²³ em seu artigo 1628.º alíneas c) e d), o casamento é tratado como um contrato, um negócio bilateral, tendo que estar em conformidade com o

¹⁷ DINIZ, Maria Helena - **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. 19.^a ed. v.5. rev., aum. e atual. de acordo com o novo código civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002) e Projeto de Lei n. 6.690/2002. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 39.

¹⁸ PROENÇA, José João Gonçalves de - **Direito de família**. 4.^a ed. ver. e atual. Lisboa: Universidade Lusíadas, 2004. p. 137.

¹⁹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson - **Curso de Direito Civil: Direito das Famílias**. 4.^a ed., rev., atual. e amp., vol. 6. Salvador: Editora Jupodivm, 2012. p.127.

²⁰ RIZZARDO, Arnaldo - **Direito de Família**. 8.^a ed. ver. e atual. Rio de Janeiro: Forense Editora, 2011, p.17.

²¹ MENDES, João de Castro - **Direito da Família**. Edição revista por Miguel Teixeira de Souza. Lisboa: Associação Académica da faculdade de Direito de Lisboa, 1991. p. 38.

²² MENDES, Manuel - **Guia do Casamento**. Editorial Inquérito. Mira-Sintra-Mem Martins, 1993. p. 7.

²³ **Código Civil Português** - Coimbra. Edições: Almedina, 1999, ISBN 972-40-0575-5, p. 399.

direito civil português para que seja reconhecida a família legitimada; já na legislação brasileira, o casamento não é conceituado, mas tem que estar em conformidade com a lei.

Num parecer tradicionalista, Washington de Barros Monteiro aduz que:

“Todo homem, ao nascer, torna-se membro integrante de uma entidade natural, o organismo familiar. A ela conserva-se ligado durante toda sua existência, embora venha a constituir nova família pelo casamento. O entrelaçamento das múltiplas relações, estabelecidas entre os componentes da referida entidade, origina um complexo de disposições, pessoais e patrimoniais que formam o objeto do direito de família”²⁴.

Os autores Robert Flacelière²⁵ e Mazel²⁶ acreditavam que "uma rapariga podia casar-se sem um dote", mas isso só acontecia por exceção: deduz-se que a distinção entre casamento e concubinato era a existência de um dote.

São diversos os conceitos para casamento. Podemos dizer que ainda não há na doutrina e tampouco na jurisprudência um conceito pacificado, e, muito provavelmente, não haverá, devido à subjetividade que se impõe ao instituto.

Para a análise da natureza jurídica do casamento há várias teorias que a explicam, há também, como não poderia ser diferente, muitas controvérsias sobre o assunto na doutrina brasileira, isso devido à sua validade e eficácia dependerem do consentimento e da vontade dos nubentes, fora isto, outros doutrinadores definem que o casamento é uma instituição constituída de um conjunto de regras impostas pelo Estado.

Discute-se, quanto à natureza jurídica do casamento, se ele pode ser classificado como contrato ou como uma instituição, pois pela teoria Contratualista casamento é, como conceitua Caio Mário da Silva Pereira, “um contrato, tendo em vista a indispensável declaração convergente de vontades manifestadas e tendentes a obtenção de finalidades jurídicas”²⁷.

Nesta mesma concepção contratualista, Gonçalves, aduz:

²⁴ MONTEIRO, Washington de Barros - **Curso de Direito Civil. Direito das Obrigações**. 29. ed., v. 2, São Paulo: Saraiva, 1996. p. 26.

²⁵ FLACELIÈRE, Robert - **A vida cotidiana dos gregos no século de Péricles**: Livros do Brasil. Tradução: Virginia Motta, 1995, p. 71.

²⁶ MAZEL, Jacques - **As Metamorfoses de Eros: O Amor na Grécia Antiga**: Martins Fontes. São Paulo., 1988, p. 209.

²⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva - **Instituições de direito civil: direito de família**. 14.^a ed. rev. e atual. v. 5, por Tânia da Silva Pereira. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p.57.

“Tal concepção representava uma reação à ideia de caráter religioso que vislumbrava no casamento um sacramento. Segundo os seus adeptos, aplicavam-se aos casamentos as regras comuns a todos os contratos. Assim, o consentimento dos contraentes constituía o elemento essencial de sua celebração e, sendo contrato, certamente poderia dissolver-se por um distrato. A sua dissolução ficaria, destarte, apenas da dependência do mútuo consentimento”²⁸.

Pela Teoria Contratualista, o casamento é um Contrato Civil especial e esta teoria tem raízes no direito canônico, entretanto é uma teoria que contém falhas, pois não há como aplicar as disposições gerais dos contratos para regulamentar o casamento.

Em oposição a esta teoria vem a Teoria Institucionalista, que diz ser o casamento uma instituição social e jurídica própria, possuindo regras diferenciadas e de ordem pública; de acordo com essa teoria, o acordo de vontades é só no momento inicial de escolha pelo casamento, em seguida, quem dita as regras é a lei, conforme ensina Maria Helena Diniz:

“O casamento é tido como uma grande instituição social, refletindo uma situação jurídica que surge da vontade dos contraentes, mas cujas normas, efeitos e forma encontram-se preenchidos pela lei”²⁹.

Surgiu uma terceira corrente, a Teoria Eclética (ou mista) na qual o casamento é um ato complexo, podendo ser considerado um contrato na sua formação, mas uma instituição no seu conteúdo.

A doutrina rejeita a Teoria Contratualista, de modo que as outras duas teorias são as mais adotadas.

Carlos Pamplona Corte Real³⁰ tem opinião adversa de ser o casamento um contrato: “diga o legislador o que disser, o casamento **não** é um contrato”.

Na atualidade, a respeitar o conservadorismo e o catolicismo que só têm vistas ao casamento entre homem e mulher, há legalização da união entre pessoas, ou seja, é admitido casamento entre pessoas do mesmo sexo, poliamor e mais quantas formas surgirem.

Para registro, houve uma ocorrência inusitada de demonstração de vontade e do livre arbítrio do ser humano no mês de maio do ano de 2019, em Belo Horizonte, Minas Gerais,

²⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto - **Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. 2.^a ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006. v.6. pp. 24-25.

²⁹ DINIZ, Maria Helena - **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. 19.^a ed. rev., ed. atual de acordo com o novo código civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002) e Projeto de Lei n. 6.690/2002, v.5. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 43.

³⁰ REAL, José Carlos Pamplona Corte- **Relance Crítico sobre o Direito da Família Português**. [autor do livro] Guilherme de OLIVEIRA. *Textos de Direito da Família para Francisco Pereira Coelho*. Coimbra: Imprensa da Universidade, 2016. pp. 107-130.

Brasil. Há a necessidade de explicitar o notório caso, pois seres humanos são dotados de uma capacidade singular de vontades que, acredita-se, a própria razão desconhece. Uma mulher brasileira resolveu casar-se consigo mesma através de uma “cerimônia” na qual diz ter o nome de “casamento sologâmico”³¹; neste, a cerimônia assemelha-se à do Casamento.

Embora não exista nenhum tipo de legalização ou regulamentação tal cerimônia vem acontecendo em vários países. Esta mulher organizou uma “cerimônia” que foi realizada por uma amiga, em uma praça em frente à sua casa, num bairro de classe alta, ao ar livre; a noiva, fez seus votos a se olhar em um espelho.

Demonstra-se que o casamento, para se tornar uma entidade familiar, é celebrado das mais diversas formas, e que a legislação, embora não presente em todas estas formas, é consultada para que seja a fonte de possibilidades, e, num passo adiante, tornar-se lei perante às necessidades da sociedade.

1.2 DA FAMÍLIA E DO CASAMENTO: ORIGENS

1.2.1 A Família, casamento e o Parentesco

Como é registada e respaldada pela antropologia, por estudos de catedráticos e lecionada nas escolas de direito, a família é uma entidade moldável às necessidades da humanidade e da sociedade, porém ao longo da história e principalmente a partir da era cristã, o casamento passa a ser a base da família legítima.

³¹ **Celebrações sologâmicas** de pessoas, que se casam consigo mesmas, já acontecem há algum tempo em vários países. Mas Jussara, que criou 'Eu comigo evento', empresa especializada em realizar casamentos solos, acredita ser a primeira cerimônia dessa natureza no Brasil. “Trabalho com cerimonial de casamento há 20 anos, mas a vontade é genuína. Estou tão feliz e tão bem comigo que quis fazer festa para mim e casar comigo”, afirma. A cerimônia é bem semelhante ao casamento monogâmico. Jussara estará de branco, com vestido assinado pela estilista Tetê Rezende. Entrará sozinha, mas será recebida pela filha Maria Laura, de 21 anos, no que ela denomina de “entrada invertida”. “Minha filha vai sair do altar e seguir até a rampa, de onde sairei do carro. Ela vai me entregar o buquê e entro sozinha”, revela. O casamento sologâmico não tem previsão legal. O momento será conduzido por uma amiga de Jussara. Não há troca de alianças, mas para demarcar o compromisso consigo mesma, Jussara fez uma tatuagem de uma mulher com asa de borboleta. “Borboleta tem significado de luta e renascimento”. [Em Linha]. Belo Horizonte. [Consult. 28 Mai. 2019]. Disponível em https://www.em.com.br/app/noticia/gerais/2019/05/23/interna_gerais,1056076/nao-tenho-mais-medo-de-ficar-sozinha-diz-mulher-que-vai-se-casar-co.shtml.

Neste assunto corrobora Antunes Varela: “O cristianismo, reagindo contra os costumes pagãos duma sociedade em decadência moral como a do baixo império romano, alicerçou a família no casamento”³².

José Augusto Pais do Amaral ensina que “o casamento é um facto jurídico gerador da sociedade familiar. Quando os nubentes acordam casar-se têm em vista a constituição da sua própria família. Sem o casamento a família não se constitui [...] [...] A constituição da família assenta, portanto, no casamento”³³.

Conforme o professor Diogo Leite de Campos: “O ser humano sociabiliza através da família e sem esta não conseguirá deixar de ser um bárbaro”³⁴.

Ressalta-se que hoje em dia, a sedimentar o alicerce da sociedade moderna, várias formas de casamento são possíveis, pois onde se lia homem e mulher – como exemplo do Código Civil - atualmente lê-se “pessoas”.

Para ter conhecimento das origens da humanidade foram resgatados nos antepassados desenhos, vestígios, costumes, assim como indícios de épocas remotas. Estes estudos foram feitos amplamente pelos antropólogos no intuito de esclarecer com os antepassados o formato da vida hodiernamente vivida e traduzir como forma comparativa com a atualidade.

Nesta vertente sobre a família e o casamento aduz o catedrático professor doutor Diogo Leite de Campos:

“A família em sentido jurídico é integrada pelas pessoas que se encontram ligadas pelo casamento, pelo parentesco, pela afinidade e pela adopção (artigo 1576.º do Código Civil). A este âmbito jurídico corresponde um idêntico âmbito social. Embora as relações jurídicas familiares tenham um âmbito mais restrito do que as relações familiares, que se podem estender a primos afastados e a outros parentes. Queremos deixar desde já claro que a família não é em si uma pessoa jurídica, colectiva, portadora de interesses diferentes da comunidade dos seus membros. Quando a lei fala de “bem da família” (artigo 1671.º do Código Civil) ou de “interesses morais da família” (artigo 1677.º - C, n.º 1, do Código Civil) está a referir-se ao bem ou aos interesses de todos e de cada um dos seus membros. A família enquanto comunidade visa o bem de todos e cada um dos indivíduos que a integram. Se bem que a atribuição de personalidade jurídica à família seja defendida

³² VARELA, Antunes – **Direito de Família**. 1º v. 5ª ed. rev., actual. e comp. Lisboa, 1999, Livraria Petrony, ISBN 972-685-083-5. p. 46.

³³ VARELA, Antunes - **Op. Cit.** pp.8-9.

³⁴ CAMPOS LEITE, Diogo e MARTINEZ DE CAMPOS, Mónica. **A Comunidade Familiar**. [autor do livro] Guilherme de OLIVEIRA. *Textos de Direito da Família para Francisco Pereira Coelho*. Coimbra: Imprensa da Universidade, 2016. pp. 9-30.

por alguns autores, admitir que a comunidade familiar é uma entidade distinta dos membros que a compõem, sobrepondo-se a eles, que é sujeito de direitos, seria negar a sua existência. Mas não se pense que o interesse da comunidade familiar levará a que sejam sacrificados os interesses de um ou mais dos seus membros. Não há sacrifício quando a pessoa se perspectiva no grupo e quando se atende aos interesses de cada um e de todos. Se a família servisse os interesses individuais de cada um dos seus membros, então a atribuição de personalidade jurídica seria uma pura ficção para mascarar uma realidade não-familiar. O individualismo é, pois, incompatível com a noção de comunidade familiar, e nem pelo artefacto da personalidade jurídica da família se estabeleceria uma família”³⁵.

Seguindo por este mesmo vértice; de todas as entidades existentes, poucas parecem desfrutar de tamanha estabilidade quanto aquela experimentada pela família, que é o prelúdio da vida ao longo da história. Com efeito, parece que não houve sequer um período da evolução histórica da humanidade em que as formações familiares não estivessem presentes, sendo provavelmente esta a razão pela qual muitos a denominam *celula mater* da sociedade.

Campos segue a lecionar que:

“O Amor na família é um constante estar presente, ver, dar-se. Cada um, sendo completamente ele, vê em cada um dos outros o que precisa para ser completamente humano. Tenta ser um com os outros de tal modo os outros se tornam elementos constitutivos do seu ser sem deixarem de ser outros. No início do ser da família está a relação. A relação interpessoal exprime mais completamente na família a estrutura originária do ser. Em que o ser só se realiza no acolhimento do outro. É por isso que na família é particularmente fácil, mas necessário, conjugar todos os verbos em nós. Sendo estranho à família o eu e incompleto o eu-tu. Isto é uma realidade superior à realidade das funções da família. As funções da família derivam do amor solidariedade entre os seus membros. E são animadas por este amor e solidariedade que não permitem que as funções da família possam ser substituídas por outras, dado que em qualidade são, ou são vocacionadas para ser, superiores às funções sociais que nada mais serão um seu complemento, se necessário”³⁶.

Por ser o homem um ser gregário por natureza, a necessitar, por força de sua própria compleição física, ao nascer, de cuidados e proteção até atingir suficiente autonomia; não é difícil supor que a instituição familiar é mesmo algo indispensável à existência humana. Sem os cuidados dispensados à criança recém-nascida, quer por seus pais, quer por outras pessoas que exerçam a função parental, não seria possível a continuidade da vida humana sobre a terra.

Refletir sobre a família implica, quase automaticamente, refletir sobre a instituição do casamento. De facto, a união de um casal com vistas à criação da prole – ou seja, o

³⁵ CAMPOS LEITE, Diogo e MARTINEZ DE CAMPOS, Mónica. **A Comunidade Familiar**. [autor do livro] Guilherme de OLIVEIRA. *Textos de Direito da Família para Francisco Pereira Coelho*. Coimbra: Imprensa da Universidade, 2016. pp. 9-30.

³⁶ *Idem - Ibidem*

matrimônio – parece ser a razão principal da existência das unidades familiares ao longo da história.

Paulo Hermano Soares Ribeiro, no mesmo sentido e num momento de inspiração em sua dedicatória, eleva seus sentimentos a dizer que:

“A família é um lugar de encontros. É o que consuímos de melhor que nós mesmos. Não são os papéis nem as regras que fazem ou desfazem a família, são os olhos, os braços, o desejo e o cuidado de seus construtores”³⁷.

A Corroborar, Diogo Leite de Campos leciona que: “O ser humano, sendo *ser em si*, mas também *com os outros e para outros*, é ser familiar. Radicalmente na infância: necessariamente em todas as épocas da vida”³⁸, e na mesma vertente, continua o ensinamento:

“A antropologia revela-nos o ser como ser familiar. O ser humano em si mesmo é familiar. A natureza da família reside na capacidade de amor de todos os seus membros, amor que determina uma comunidade de vida. A realidade da vida em conjunto é reconhecida como, amada, e sobre este amor forma-se uma comunidade de vida”³⁹.

Da mesma forma, na tradição psicanalítica, muitos foram os autores que se debruçaram sobre a importância do ambiente familiar para a formação psíquica da criança. Dentre os autores, o psiquiatra europeu Donald Winnicott, por exemplo, apontou o facto de que, sem o suporte da entidade familiar, seria quase impossível ao indivíduo alcançar a maturidade emocional e desfrutar de condições mínimas de saúde mental.

“Ao longo da obra de Winnicott percebemos a importância que ele dedica à família, colocando-a como o centro formador da sociedade e da cultura, bem como do desenvolvimento individual, e mais especificamente, do conceito de maturidade emocional como sinônimo de saúde mental. O autor chega a ser bastante enfático quando literalmente afirma que “(...) não seria possível ao indivíduo atingir a maturidade emocional fora do contexto familiar”⁴⁰.

Winnicott chega a destacar o estado de dependência quase que absoluta do bebê frente ao meio ambiente do qual recebe cuidados ao nascer:

“Este ambiente exterior, que corresponderá à função materna (podendo corresponder de fato aos cuidados da mãe biológica, mas podendo também ser representado por outras figuras que desempenhem este papel), deverá ser suficientemente acolhedor

³⁷ RIBEIRO, Paulo Hermano Soares; FONSECA, Edson Pires da – **Casamento & Divórcio – na perspectiva civil constitucional**. Leme, JH Mizuno, 2012. ISBN 978-85-7789-102-3.

³⁸ CAMPOS, Diogo Leite de; CAMPOS, Mónica Martinez de – **Lições de Direito de Família**. 3ª ed. Lisboa: Almedina, 2017. ISBN 978-972-40-6493-2. p. 13.

³⁹ *Idem - Ibidem*

⁴⁰ GOMES, I. C.; PAIVA, M. L. S. C. – **Casamento e Família no Século XXI: possibilidade de holding?** [Em linha]. Belo Horizonte. [Consult. 06 Abr. 2019]. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/pe/v8nspe/v8nesa02.pdf> . p. 1.

para que o desenvolvimento físico e psíquico da criança seja possível. Qualquer falha da função materna em prover tal acolhimento de forma minimamente satisfatória poderá ser responsável pela aniquilação do ego do bebê, o que é sinônimo de doença mental”⁴¹.

A origem da família e do matrimônio perde-se nas brumas da história. É de se supor que, desde o surgimento da espécie humana, a família tem o seu lugar assegurado na sociedade, pois a prole demanda cuidados, e estes não podem ser dispensados sem um mínimo de organização social.

Da mesma forma que os pais cooperam para a subsistência dos filhos, os demais parentes como irmãos, avós, tios, primos, pessoas adversas e próximas pelo vínculo de afinidade e a própria comunidade como um todo, cooperam para a subsistência de toda a coletividade. Vê-se, pois, que um ambiente de cuidados e acolhimento mínimos para o ser humano recém-nascido é *conditio sine qua non* para sua adequada socialização e posterior autonomia.

Para funcionar de forma satisfatória no meio social é preciso que o indivíduo os tenha recebido previamente de forma suficiente para promover a sua aculturação e formação psíquica. Como é muito mais provável que, ao longo de toda a história do gênero humano, em regra, estes cuidados mínimos iniciais tenham sido providos às crianças por seus genitores ou pais adotivos, e, em especial da própria mãe, podemos concluir que a família sempre foi uma instituição presente e indispensável ao desenvolvimento das sociedades.

É difícil conceber de forma precisa o formato que tinham as famílias na aurora da humanidade, haja vista não haver registros nem vestígios suficientes de tais períodos remotos da história humana.

Ademais, sendo a humanidade dividida em culturas das mais diversas, cada qual com seus arranjos familiares e sociais distintos, é ainda mais difícil traçar um panorama geral das famílias do passado e de sua evolução histórica.

Estudiosos baseiam-se, para tanto, em achados arqueológicos, em registros históricos deixados por povos antigos (escritos ou pictóricos, por exemplo), ou na observação antropológica de povos tradicionais que, reputam-se e vivem conforme seus ancestrais de

⁴¹ *Idem - Ibidem*

milhares de anos. De posse dessas informações, tenta-se recompor o panorama das formações familiares dos primórdios da existência humana.

Goulart⁴² aborda a problemática das famílias entre os povos antigos dividindo-as nas seguintes categorias: a família “cosanguínea”, a família “punaluana”, a família “sindiásmica”, a família “patriarcal”, e, por fim, a família “monogâmica”. Todas elas corresponderiam a estágios na evolução do conceito de família ao longo dos primórdios da história humana.

A família cosanguínea teria sido o mais antigo modelo familiar existente entre os humanos. Este modelo de família apenas distinguiria duas classes de pessoas: pais e mães. De acordo com a autora, “nessa fase da história filhos e pais não se distinguiam não sendo ainda um tabu cultural as relações sexuais incestuosas. Não haveria igualmente a distinção entre o parentesco assentado nos laços de sangue daquele apoiado na afinidade”⁴³.

Na família punaluana teria início a distinção entre pais e filhos, bem como entre irmãos, derivando daí os primórdios do tabu do incesto. Entretanto, a autora afirma que “nesse período ainda persistiria a tendência de grupos de dois ou mais irmãos (ou irmãs) disporem de esposas (ou maridos, respectivamente) em comum. Por esse motivo não haveria a certeza da paternidade das crianças, daí a origem dos sistemas matrilineares, onde a linhagem é organizada conforme a ancestralidade materna”⁴⁴.

A família sindiásmica, dá o início à distinção de casais, muito embora a poligamia masculina fosse uma regra bastante difundida em várias sociedades, e o adultério feminino castigado com rigor. Identifica essa fase da história das famílias como “o período de fixação do homem em um dado *habitat*, ou seja, com o sedentarismo, e com o incremento na produção de alimentos (o que redundara em seres humanos com melhor compleição física e mental)”⁴⁵. Contudo, a autora supõe estar nesse momento histórico as raízes da desigualdade entre os gêneros.

O próximo passo no desenvolvimento das configurações familiares, de acordo com a autora em comento, seria o advento das famílias patriarcais. Nesse estágio, estabelece-se o

⁴² GOULART, Patrícia Krempel – **A Origem e Evolução do Casamento na História do Direito de Família**. [Em linha]. Curitiba, 2002. [Consult. 06 Abr. 2019]. Disponível em: <https://tcconline.utp.br/wp-content/uploads/2012/11/A-ORIGEM-E-EVOLUCAO-DO-CASAMENTO-NA-HISTORIA-DO-DIREITO-DE-FAMILIA.pdf>.

⁴³ *Idem - Ibidem*

⁴⁴ *Idem - Ibidem*

⁴⁵ *Idem - Ibidem*

poder do ancestral masculino mais velho sobre o restante dos descendentes e demais familiares. “É também aí que se estabelece a patrilinearidade (o parentesco e a hereditariedade determinados a partir do tronco paterno), e a preponderância dos filhos varões. Associa esse modelo de família a boa parte dos povos tradicionais conhecidos, como indianos, gregos, judeus, germânicos, romanos e povos orientais”⁴⁶.

Goulart aduz que corresponde à família monogâmica, aquele modelo de família que a possuem “sintomas da civilização nascente”⁴⁷, uma transição entre a barbárie e o período civilizacional.

Caracteriza-se pela união exclusiva de um casal formado por cônjuges de sexos opostos com o objetivo de procriar filhos cuja paternidade seja indubitável, a fim de que a linhagem permaneça intacta e a herança das posses dos ascendentes se mantenha com os descendentes legítimos. Sendo o casamento a única maneira de garantir a legitimidade da prole, a família monogâmica aumenta consideravelmente a rigidez dos laços conjugais, e a exigência da fidelidade feminina.

“O objetivo deste modelo de família, em suma, seria tão somente a transmissão da herança genética e da propriedade privada, forma segura, entre gerações”⁴⁸. Este teria sido o modelo de família que, formado na aurora da civilização humana, seguiu perpetuando-se até o advento dos tempos modernos.

Evidência de que alguns desses modelos familiares considerados mais “primitivos” talvez jamais tenham existido repousa na própria afirmação de Goulart, ao tratar da “família cosanguínea”, aquele que seria o padrão mais rudimentar de organização familiar, conforme sua teoria.

Esta evidente contradição, que claramente afirma a inexistência de dados empíricos a sustentar esse modelo de desenvolvimento histórico da família, só se justificaria pelo preconceito, tipicamente moderno, pelo qual a humanidade “evolui” em um *continuum* linear que vai da inteira animalidade à complexidade das grandes civilizações (estando o modelo de civilização ocidental moderna no ápice de tal desenvolvimento).

⁴⁶ *Idem - Ibidem*

⁴⁷ *Idem - Ibidem*

⁴⁸ *Idem - Ibidem*

Contra-pondo-se a este modo de pensar, a antropologia contemporânea afirma constantemente que a humanidade sempre viveu dentro de universos culturais, cada qual obedecendo a uma lógica própria que não é “inferior” ou “superior” à lógica de outro sistema cultural tomado como referência. Assim, afirma o antropólogo Roque Laraia:

“Já foi o tempo em que se admitia existirem sistemas culturais lógicos e sistemas culturais pré-lógicos. Levy-Bruhl, em seu livro *A mentalidade primitiva*, admitia mesmo que a humanidade podia ser dividida entre aqueles que possuíam um pensamento lógico e os que estavam numa fase pré-lógica. Tal afirmação não encontrou, por parte dos pesquisadores de campo, qualquer confirmação empírica. Todo sistema cultural tem a sua própria lógica e não passa de um ato primário de etnocentrismo tentar transferir a lógica de um sistema para outro. Infelizmente, a tendência mais comum é de considerar lógico apenas o próprio sistema e atribuir aos demais um alto grau de irracionalismo. A coerência de um hábito cultural somente pode ser analisada a partir do sistema a que pertence”⁴⁹.

Assim, é mais plausível entender que o modelo de desenvolvimento das famílias esposado apoia-se sobretudo no preconceito moderno pelo qual a história se dá por um “progresso” linear, que vai do mais “rudimentar” ao mais “desenvolvido”, do mais “irracional” ao mais “racional”.

Sarti⁵⁰ aponta para aquilo que, desde há muito, é conhecido da antropologia: os sistemas de parentesco são universais. Todas as sociedades humanas, presentes ou pretéritas, se pautam por eles. Eles existem para dar forma a factos biológicos igualmente universais, como a reprodução, as relações de descendência/ascendência, de consanguinidade e outros.

“Os sistemas de parentesco são, do ponto de vista antropológico, considerados como estruturas formais, que resultam da combinação de três tipos de relações básicas: a) a relação de descendência, que é a relação entre pai e filho e mãe e filho; b) a relação de consanguinidade, que é a relação entre irmãos e c) a relação de afinidade, ou seja, a que se dá através do casamento, pela aliança. Essas três relações são básicas e o estudo do parentesco é o estudo da sua combinação. Essas relações são a estrutura formal universal. Qualquer sociedade se forma pela combinação dessas três relações. A variabilidade está em como se faz essa combinação”⁵¹.

Para a antropologia contemporânea as famílias se formam devido a alianças entre grupos. Essas alianças estão na origem dos complexos sistemas de parentesco existentes entre os diversos povos. A pesquisa antropológica também atesta a ubiquidade do assim chamado “tabu do incesto”, visto que este parece ser um elemento essencial para que tais alianças entre grupos distintos sejam possíveis.

⁴⁹ LARAIA, Roque de Barros – **Cultura: um conceito antropológico**. 14ª. ed, Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001. ISBN 85-7110-438-7. p. 87.

⁵⁰ SARTI, Cynthia Andersen – **Contribuições da Antropologia para o Estudo da Família**. [Em linha]. São Paulo: USP, 1992. [Consult. 06 Abr. 2019]. Disponível em: http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1678-51771992000100007.

⁵¹ *Idem - Ibidem*

“A unidade elementar do parentesco se separa da biologia e entra no terreno da cultura ao se reconhecer que uma família, para se formar, pressupõe dois grupos. Pressupõe que um homem dê uma mulher a um outro homem que a recebe. Para Lévi-Strauss, é através da troca de mulheres que se dá a combinação dos elementos do parentesco. A constituição da família como fato cultural pressupõe a existência prévia de dois grupos que se casam fora de seu próprio grupo, dois grupos exógamos. Isso significa o reconhecimento de que o parentesco envolve relações além da relação de consanguinidade, ou seja, relações de aliança também, de afinidade. Assim, rompe-se com a ideia do caráter natural da família. A família não provém da unidade biológica, da mera reprodução. Constitui uma aliança de grupos. A partir desta perspectiva, o tabu do incesto também passa por uma reinterpretação. Não tem nada a ver com uma inclinação natural, uma aversão natural às pessoas do seu grupo. O tabu do incesto é interpretado como um princípio de organização social, é uma forma de estabelecer aliança entre os grupos. Essa interpretação introduz uma dimensão política. É através da proibição da relação com as pessoas do próprio grupo, se introduz a necessidade de se comunicar com outro grupo, através do casamento”⁵².

O quadro delineado pela antropologia contemporânea, portanto, difere sobremaneira daquele anteriormente exposto. Se as organizações sociais dos povos existentes permitirem alguma conclusão a respeito do que fora a família em suas origens, pode-se concluir, portanto, que a família e o parentesco são fenômenos eminentemente culturais e sociais.

Algo muito diferente daquele quadro evolutivo no qual se vai de uma “quase-animalidade” (onde os seres humanos copulavam de forma promíscua, sem distinguir ascendentes de descendentes, colaterais e afins, etc.), até a “civilizada” família monogâmica, onde família biológica e cultural praticamente coincidem.

O facto de ocidentais modernos se chocarem com as organizações sociais de outros povos, conclui-se, deve-se ao facto de estes se organizarem de forma distinta do modelo nuclear – tipicamente ocidental – que mais se aproxima das relações biológicas de consanguinidade.

Não se pode, portanto, delinear de forma conclusiva os formatos que as famílias possuíam entre os povos antigos (aqueles que não deixaram registos históricos suficientes, em especial os escritos).

Hodiernamente, com o respaldo da literatura e investigações bibliográficas, pode-se afirmar que a família e o parentesco são elementos essenciais à existência dentro de um ambiente moldado pela cultura; da mesma forma o casamento enquanto fenômeno capaz de produzir efeitos na esfera dos direitos dos cônjuges e descendentes.

⁵² *Idem - Ibidem*

É facto que o casamento, como a antropologia bem o demonstra, estabelece alianças e obrigações (não só entre os cônjuges, como também entre estes e sua prole, e ainda perante os grupos dos quais provêm).

Mas naquelas sociedades cuja organização social e política prescindiam do poder estatal, e que desconheciam a realidade da propriedade privada, é de se supor que as relações matrimoniais não se revestissem de todo o formalismo e solenidade jurídicos que adquiriram entre os povos civilizados.

Em suma, a ideia do casamento como a celebração de um contrato, de um negócio jurídico celebrado entre cônjuges e/ou suas famílias, parece ter nascido juntamente com a civilização para a formalização da estrutura “família”.

Ainda que houvesse informações suficientes sobre as diversas formas que assumia o casamento entre os povos antigos, a vastidão do tema sobreporia a finalidade desta dissertação, que tem como foco principal o casamento como base da família ao longo da história.

Destarte, os próximos tópicos serão dedicados a tecer considerações sobre o casamento como base para a formação da família entre os povos civilizados cujas instituições de alguma maneira chegaram ao ocidente ou o influenciaram à formação da família quer diretamente ou indiretamente.

Brigas⁵³ aduz brilhantemente sobre pesquisa e conceito na investigação:

“A pesquisa nos arquivos históricos é outro elemento essencial para a investigação [...], [...] A importância dos conceitos é outro elemento relevante e tantas vezes desconsiderados. Na realidade, é através da linguagem que expressamos o nosso pensamento, e no caso do discurso jurídico, os conceitos incorporam o caldo cultural inerente à sua densificação. Entendemos, por isso, que a filologia⁵⁴ assume um papel principal na actividade do historiador do direito, novamente enfatizando no caso do historiador do direito de família. De facto, o entendimento que adoptamos acerca de determinada realidade é consequência da nossa própria formação, da leituras que fizemos e do período da vida em que nos encontramos.”

⁵³ BRIGAS, Mirian Afonso – **O Direito da Família na História do Direito Português** (Dos Antecedentes ao Século XVIII) Primeiras Reflexões. vol. I, Lisboa: AAFDL, 2018. ISBN 978-972-629-205-0. p.30.

⁵⁴ **Significado de Filologia:** 1. estudo rigoroso dos documentos escritos antigos e de sua transmissão, para estabelecer, interpretar e editar esses textos. 2. estudo científico do desenvolvimento de uma língua ou de famílias de línguas, baseado em documentos escritos nessas línguas. 3. estudo científico de textos e estabelecimento de sua autenticidade através da comparação de manuscritos e edições. Origem = ETIM lat. *philologiā,ae* 'amor às letras, erudição, literatura', do gr. *philologiá,as* 'necessidade de falar, conversação'. [Em linha]. São Paulo: USP, 1992. [Consult. 06 Abr. 2019]. Disponível em: http://www.usp.br/cje/depaula/wp-content/uploads/2018/08/03_Filol_Ecd_Crtectual.pdf

O objetivo traçado foi demonstrar, de forma singular, que a linha evolutiva que o casamento percorreu demonstra a finalidade basilar para a construção e formação da família enquanto instituição do ser e instituição jurídica, desde os povos antigos reputados ancestrais da civilização ocidental moderna até os dias atuais. Evidentemente, o quadro apresentado é singular diante da vastidão das escritas sobre o instituto família.

1.3 CASAMENTO E FAMÍLIA NA ROMA ANTIGA E NA GRÉCIA ANTIGA

1.3.1 Da importância do estudo do casamento na Roma Antiga

“O matrimónio romano foi caracterizado como “concreta comunidade de vida” de marido e mulher, sustentada pela *affectio maritalis*, a intenção e consciência de ambos os cônjuges de que a sua união é matrimónio”⁵⁵.

O tipo social de matrimónio é composto através da consciência matrimonial que envolve uma união perpétua, monogâmica, concretizada em comunidade de vida e associação doméstica e, com a finalidade da importância de conseguir descendentes de pleno direito⁵⁶, pois se caracterizava como facto social e não uma relação jurídica, com os princípios baseados na moral, não sendo averiguados pelo Estado⁵⁷.

Devido à influência do Direito Canónico, há de se mencionar os ensinamentos de Nuno Espinosa Gomes da Silva a respeito da sua influência na contemporaneidade:

“Um estudo do casamento em Portugal (como aliás em qualquer outro país da Europa Latina) não pode deixar de se ocupar, em primeiro, do casamento no Direito Romano. Para isso, concorrem razões que vão além do próprio e evidente facto de a nação que, hoje, é Portugal ter sido objeto de romanização; dessas razões, a principal será, sem dúvida, a de que a doutrina do casamento canónico – cuja importância é necessário, desde já, salientar – se não completamente dominar, sem o conhecimento da estrutura jurídica do casamento romano”⁵⁸.

⁵⁵ KASER, Max — **Direito Privado Romano**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999, ISBN 972-31-0850-X, p.317.

⁵⁶ KASER, Max — *Op. Cit.* p. 318.

⁵⁷ Os princípios referem-se à celebração do matrimónio, a dissolução e a sua protecção. Sobre a indissolubilidade do casamento nas três formas de casamento, MONCADA, Luís Cabral de — O casamento em Portugal na Idade Média. Coimbra: Imprensa da Universidade, 1922, p.11; e, sobre a validade do casamento perante a Igreja, devido ao valor do vínculo indissolúvel, mesmo quando celebrado de forma inválida, MORENO, Humberto Baquero — O casamento no contexto da Sociedade Medieval Portuguesa. Braga: [S.I.], 1979, p.7; Cfr. CAMPOS, Diogo Leite de — **A invenção do direito matrimonial**. Coimbra, 1995, p. 38.; Sobre o regresso do marido para a mulher ou está para aquele, MORENO, Humberto Baquero. p. 6.

⁵⁸ SILVA, Nuno Espinosa Gomes da — **História do casamento em Portugal**. Lisboa: Universidade Católica, 2013. ISBN 978-972-54-0387-7. p.11.

Dada a maior proximidade da civilização romana com os dias correntes, e sobretudo pelo facto de o Direito ocidental e suas instituições derivarem em boa medida do Direito Romano, são nos registos históricos deixados por esta civilização onde se pode encontrar a maior gama de informações a respeito do casamento tal como celebrado na antiguidade. Verifica-se que a formação da família parte da união desde os primórdios do tempo.

Apesar de estabelecer as bases do Direito ocidental, na Roma Antiga o casamento era, no dizer de Goulart⁵⁹, “um fenómeno de natureza mais sociológica que propriamente jurídica, vez que não dispunha de disciplina no Direito. No entanto, por óbvio, produzia efeitos na seara jurídica, pois tinha natureza jurídica de situação de fato e perdurava pelo consenso contínuo”.

Na medida em que Roma se tornava uma sociedade complexa, com a sua organização imperial e a absorção de diversos povos por meio da conquista, diluíram-se pouco a pouco as suas estruturas de parentesco tradicionais, tendo se tornado mais comum, com o passar do tempo, a família natural, constituída pelo casal e seus descendentes. O clã e a tribo foram cedendo espaço a modelos de família cada vez mais próximos do nuclear.

“Com o desenvolvimento de sociedades mais complexas, na qual os laços sanguíneos eram cada vez mais dissolvidos entre a população, ganha importância no Direito da Roma Antiga a expressão *família natural*, formada apenas por um casal e seus filhos. Ao contrário dos clãs, que se formavam a partir da relação de parentesco com um ancestral comum, a *família natural* romana originava-se através de uma relação jurídica, o casamento”⁶⁰.

Naquela civilização existiam três tipos distintos de casamento: um deles era reservado à elite patrícia (os que possuíam direitos de cidadania), um outro destinado aos plebeus, e por fim uma terceira situação de “união informal” que se consubstanciava pela convivência de facto ao longo de um dado lapso temporal:

“A instituição do casamento era dividida em *confarreatio*, o casamento de carácter religioso, restrito à classe patrícia, caracterizado por uma cerimônia de oferenda de pão aos deuses; *coemptio*, reservada à plebe, celebrado mediante a venda fictícia, do pai para o marido, do poder sobre a mulher; e o *usus*, em que o marido adquiria a mulher pela posse, isto é, vida em comum no ínterim de um ano”⁶¹.

⁵⁹ GOULART, Patrícia Krempel – **A Origem e Evolução do Casamento na História do Direito de Família**. [Em linha]. Curitiba: Universidade Tuiuti do Paraná, 2002. [Consult. 06 Abr. 2019]. Disponível em: <https://tconline.utp.br/wp-content/uploads/2012/11/A-ORIGEM-E-EVOLUCAO-DO-CASAMENTO-NA-HISTORIA-DO-DIREITO-DE-FAMILIA.pdf>.

⁶⁰ KASER, Max — **Direito Privado Romano**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999, ISBN 972-31-0850-X. p.317.

⁶¹ *Idem - Ibidem*

Não obstante a atomização progressiva das famílias na civilização romana, esta continuava sendo chefiada pelo *pater familias*, o ancestral mais velho, que exercia o poder sobre a esposa, descendentes e demais mulheres casadas do núcleo familiar. Muito embora o casamento romano fosse um contrato entre dois pais de família, ao menos em seus primórdios, o *affectio maritalis* era um dos seus pressupostos, correspondendo ao ânimo de convivência por parte do casal, que deveria ser expresso.

“Os pressupostos para o casamento romano eram a coabitação e o chamado *affectio maritalis*, este último consistente na manifestação expressa dos nubentes de viverem como marido e mulher. Ao findar qualquer um desses pressupostos, extinguiu-se o casamento, valorizando-se o afeto entre os cônjuges.

Não obstante a importância do afeto na relação matrimonial, o modelo romano de família mantinha a estrutura de poder despótico, “concentrados sob a *patria potestas* do ascendente comum vivo mais velho”. O poder do patriarca era dividido em *pater familias*, o chefe da *família natural*, o qual exercia seu poder sobre os seus descendentes não emancipados, sua esposa e com as mulheres casadas com seus descendentes”⁶².

Muitos autores, a exemplo de Goulart⁶³, observam que a família romana era como uma comunidade política em miniatura. O *pater familias* acumulava as funções de chefe, juiz e sacerdote (pois era ele quem oficiava os cultos familiares), exercendo poder quase que absoluto sobre a esposa, filhos, escravos e clientes.

Comparada com os padrões ocidentais modernos, a família romana caracterizava-se como uma organização bastante rígida em termos de hierarquia.

Não era propriamente o vínculo de sangue o principal elemento a unir os membros da família na Roma Antiga. Este vínculo entre os membros se dava pela agnação (*agnatio*), ou seja, a submissão dos membros da família à autoridade soberana do *pater familias*.

Observe-se, no entanto, que este modelo de organização familiar correspondera principalmente aos primórdios da história daquela civilização. À medida em que o poder estatal foi crescendo, reduziu-se pouco a pouco a *patria potestas* em favor de outros poderes soberanos (o poder absoluto do imperador, por exemplo, e mais tarde o poder da Igreja, etc.). Com o tempo, as relações entre pai, mãe e filhos passaram a preponderar frente à ideia da família extensa sob a autoridade de um patriarca quase que soberano⁶⁴.

⁶² *Idem - Ibidem*

⁶³ *Idem - Ibidem*

⁶⁴ *Idem - Ibidem*

Na Roma Antiga somente aqueles que poderiam, ainda que potencialmente, exercer o múnus de *pater familias* gozavam de facto de capacidade jurídica plena. Isso significa que as mulheres, por exemplo, não eram plenamente capazes pela lei romana. Em seus primórdios a vida romana gravitava em torno da religião, na qual o *pater familias*, como dito, exercia o papel de sacerdote no culto familiar. Pois bem, as mulheres nunca desempenhavam papel de relevo no culto doméstico, a participar sempre dele na dependência de alguma autoridade masculina (pai, marido, etc.). Era por meio do casamento que a mulher cortava o vínculo com os cultos domésticos da sua família de origem, sendo incorporada ao culto de seu esposo⁶⁵.

Isto significa, portanto, que o casamento romano era um contrato entre famílias, no qual dois homens (o noivo e o pai da noiva) negociavam a posse da nubente feminina.

“Do ponto de vista prático, o casamento se assentava em um acordo formal entre o noivo e o pai da noiva, que incluía o pagamento de um dote por parte do pai. Esta forma de união conjugal não levava em consideração a vontade da noiva nem dependia do seu consentimento para ser celebrada. Em outras palavras, a mulher era dada pelo pai para o marido, representando, conseqüentemente, uma simples transferência de casa e, sem dúvida, de senhor. A cerimônia dessa doação consistia em um cortejo noturno, acompanhado por parentes e amigos, que ia de uma casa a outra, a pé ou em carros puxados por cavalos. As pinturas da época procuram representar esse cerimonial por uma porta de saída em que a noiva era entregue e uma porta de chegada em que ela era recebida, como se tudo se passasse, como se diz, “de porta a porta”. O cortejo nupcial garantia a publicidade do casamento (representado, atualmente, pelos proclamas), e os participantes constituíam as suas testemunhas. Como agora, a noiva recebia dos pais o enxoval e dos parentes e amigos os presentes, como flores e objetos decorativos”⁶⁶.

Isso não significa, entretanto, que a vontade da noiva fosse completamente irrelevante para a celebração do contrato nupcial. Em Roma, os sponsais (promessas recíprocas de casamento) antecediam as núpcias propriamente ditas. Este era realizado entre os dois *pater familias* de cada noivo, se eles fossem *alieni juris* (incapazes para a prática de atos jurídicos em nome próprio), ou entre o noivo e o tutor da noiva, se fossem *sui juris* (plenamente capazes para a prática de atos jurídicos em nome próprio, muito embora a mulher sempre estivesse sob a tutela de um homem). Mas o consentimento dos nubentes também era relevante⁶⁷.

⁶⁵ *Idem - Ibidem*

⁶⁶ COSTA, Gley P. – **História do Casamento**. [Em linha]. Porto Alegre. [Consult. 06 Abr. 2019]. Disponível em https://www.larpsi.com.br/media/mconnect_uploadfiles/c/a/cap_01xxo.pdf. p. 21.

⁶⁷ GOULART, Patrícia Krempel – **A Origem e Evolução do Casamento na História do Direito de Família**. [Em linha]. Curitiba: Universidade Tuiuti do Paraná, 2002. [Consult. 06 Abr. 2019]. Disponível em: <https://tconline.utp.br/wp-content/uploads/2012/11/A-ORIGEM-E-EVOLUCAO-DO-CASAMENTO-NA-HISTORIA-DO-DIREITO-DE-FAMILIA.pdf>.

A diferença no valor do consentimento entre os sexos é que, enquanto o filho poderia discordar amplamente da escolha paterna, a filha só poderia fazê-lo quando pudesse alegar indignidade ou torpeza. Esses contratos pré-nupciais poderiam vir com cláusulas penais, como a estipulação de “arras” (quantias trocadas entre os noivos, uma espécie de caução), que poderiam servir de pena caso o contrato não fosse adimplido por motivo justificado⁶⁸.

Em Roma o casamento era sempre monogâmico. A sua validade requeria o cumprimento de certos requisitos, como uma idade mínima e máxima, a aptidão física, a aptidão legal (inexistência de impedimentos por motivo de parentesco ou afinidade), e o consentimento do *pater familias* ou de quem fizesse as vezes do mesmo. O divórcio sempre foi uma possibilidade no Direito Romano, pois o casamento poderia se extinguir quando extinto o comum acordo de permanência da união. Dava-se mediante o propósito de separação definitiva dos cônjuges⁶⁹.

Em contricuição ao tema, Mário Júlio de Almeida Costa aduz: “Em suma, foram os Romanos que afirmaram a compreensão espiritual do direito e a ideia de que ele traduz uma criação do Estado, é certo, de algum modo já ínsitas no pensamento especulativo helénico”⁷⁰.

1.3.2 Do casamento na Grécia Antiga

Importante o conhecimento das histórias da Grécia e de Roma, pois ambas influenciaram a história contemporânea, uma vez que a conclusão que se obtém após as investigações é que a união está diretamente ligada à formação de família e constata-se o casamento como base da união e formação da família.

Na Grécia Antiga, como em muitas outras sociedades do passado, os casamentos eram vistos muito mais como alianças entre famílias e como uma convenção social, cujo objetivo principal era a geração e o cuidado com a prole. Era fundamental, antes de mais nada, assegurar a continuidade da família, e, com ela, do culto doméstico – e da *pólis*.

O objetivo era sobretudo ter filhos varões, ao menos um, para perpetuar o nome da família e a reverência aos antepassados, por meio da religião doméstica transmitida a cada geração.

⁶⁸ *Idem - Ibidem*

⁶⁹ *Idem - Ibidem*

⁷⁰ COSTA, Mário Júlio de Almeida - **História do Direito Português**. 3ª. ed. Coimbra: Almedina, 2002. p.39.

“Na sociedade ateniense, um cidadão casava-se não por amor, mais sim por convenção social, já que as normas sociais da época exerciam um poder coercitivo sobre os seus participantes, obrigando-os a adquirirem um matrimônio, no intuito de gerar filhos, não porque era de bom tom tê-los – posto que a existência destes gerava a obrigações por parte do chefe da família de sustentá-los até a fase em que estes, sendo meninos, iriam exercer o status do pai, não só na família, mas principalmente perante a sociedade. Este filho – que no caso é o primogênito varão – viria lhe prestar auxílio durante a velhice. Robert Flacelière corrobora com tal assertiva, já que acredita que aqueles "casavam-se, antes de tudo, para ter filhos varões, ao menos um, que lhe perpetuasse a raça, e assegurasse a seu pai o culto que este celebrara em honra dos seus antepassados, culto que era considerado indispensável à felicidade dos mortos no outro mundo”⁷¹.

Diferentemente do que ocorre entre muitos ocidentais modernos os gregos não viam no enlace matrimonial uma fonte de felicidade a dois por meio da comunhão de afetos. O matrimônio era uma obrigação social com vistas à perpetuação da sociedade, sendo uma instituição regulada por muitas normas e convenções sociais. A cada um dos cônjuges cabia papéis bem definidos, havendo hierarquia entre os gêneros (com a superioridade do homem sobre a mulher).

O homem era o principal responsável pelo sustento da família, enquanto que à mulher competia a concepção/procriação, o cuidado com a prole e certas atividades domésticas, como a tecelagem.

“O casamento na Grécia não era uma instituição bem quista e sim determinada jurídica, e, sobretudo, socialmente; era, portanto, um mal necessário que permitia a perpetuação da espécie e da linhagem paterna, bem como o prolongamento dos rituais e festejos familiares. Sob o aspecto jurídico não podemos deixar de ressaltar a importância de Sólon e suas inúmeras leis nas quais se estabeleceram as funções do casamento e de seus respectivos interessados na união. Ao homem cabia ser o chefe da família, provendo o sustento da esposa, filhos e escravos ao passo que para a mulher ficava a concepção, além de algumas atividades domésticas, dentre elas a arte do tear, bem como obediência e respeito ao marido”⁷².

Em Esparta, diferentemente de Atenas e outras cidades gregas, as leis eram ainda mais coercitivas quanto à obrigatoriedade do casamento, visto que, para aquela sociedade guerreira, a geração constante de novos combatentes era um imperativo para a continuidade da *polis*⁷³.

À semelhança do que ocorria entre outros povos, conforme já analisado, o casamento entre os antigos gregos era um acordo firmado entre o noivo e o pai da noiva. Era pelo ritual da *engiesis* que as meninas eram prometidas aos pretendentes, a partir do qual o casamento

⁷¹ LUCENA, Renata Valéria de - **AMOR, Casamento e Família na Grécia Antiga**. [Em linha]. Pernambuco, 2014. [Consult. 06 Abr. 2019]. Disponível em: http://artigos.netsaber.com.br/resumo_artigo_14487/artigo_sobre_amor--casamento-e-familia-na-grecia-antiga.

⁷² *Idem - Ibidem*

⁷³ *Idem - Ibidem*

passava a ter existência legal. O compromisso entre o pai da menina e o noivo, celebrado por meio de um ritual, era reputado de grande seriedade, e a sua violação implicaria em severas sanções por parte dos deuses⁷⁴.

Entre os gregos também havia o costume – ou, melhor dizendo, a obrigação – do pagamento do dote, que consistia numa quantia ou bem entregue pelo pai da noiva ao futuro marido. Destarte, poder-se-ia comparar o casamento a uma transação comercial, naqueles tempos⁷⁵.

Em geral, as meninas casavam-se tão logo atingissem a puberdade. Os homens casavam-se um pouco mais tarde, por volta dos 18 ou 20 anos, após o cumprimento do serviço militar. Apenas o casamento na forma monogâmica era permitido.

“A mulheres não tinham uma idade mínima legal para casar-se, contudo, casavam-se logo que atingissem a puberdade, por volta dos 13 a 15 anos, já o homem podia se casar após a efebria, que correspondia ao serviço militar – entre os 18 a 20 anos de idade. Era relativamente comum o casamento entre primos, entre um tio e a sua sobrinha, ou até mesmo entre meios-irmãos, desde que estes não tivessem o mesmo pai. As uniões eram monogâmicas, visto que a poligamia era proibida em Atenas pelo fato de seus habitantes considerarem tal prática uma atitude "bárbara"⁷⁶.

Os gregos conheciam o instituto do divórcio que consistia tão-somente no repúdio da esposa pelo marido, de forma unilateral. Sendo uma sociedade na qual o casamento tinha a função precípua de perpetuar a linhagem e os cultos familiares, o adultério era punido com extremo rigor, sendo este caracterizado como a relação extraconjugal por parte de uma mulher (ou por parte de um homem, desde que com uma mulher casada). O marido traído tinha o direito de matar o amante da esposa, se o apanhasse em flagrante. Aos homens era facultado o sexo extramarital, com cortesãs ou mesmo com rapazes jovens, porém nunca com uma mulher que desposasse outro homem.

“O adultério feminino na Grécia era duramente a punido, sobretudo em Atenas, porque era encarado como uma contestação à autoridade do marido. Este desvio se agravava ainda mais quando surgia a hipótese de nascerem filhos ilegítimos, o que não era concebível em uma sociedade na qual os casamentos só se realizavam com o intuito de gerarem filhos legítimos que iriam continuar os ritos familiares, como já mencionamos anteriormente. Já o adultério por parte dos homens só era punido se este tivesse se envolvido com a esposa de outro homem, posto que as relações extraconjugais com hetairas e com outros homens era uma prática corriqueira na sociedade em questão, conforme veremos mais adiante. Em caso de adultério, o marido enganado tinha o direito de matar o ofensor, caso o apanhasse em flagrante delito; aplicava-se o mesmo em caso de violação por parte da mulher cujo amante

⁷⁴ *Idem - Ibidem*

⁷⁵ *Idem - Ibidem*

⁷⁶ *Idem - Ibidem*

não foi pego no ato da traição. O divórcio caracterizava-se no simples repúdio do marido pela mulher⁷⁷.

Um aspeto que chama bastante atenção na cultura grega da antiguidade, e que fascina sobremaneira muitos ocidentais, era o modo peculiar como se dava o erotismo entre os gregos.

Como visto, não era no âmbito das relações matrimoniais que os gregos buscavam o amor e a satisfação sexual, visto que, para aquele povo, o casamento tinha função de dever social de perpetuação da espécie. Era entre seus pares – ou seja, entre outros homens, particularmente com jovens rapazes – que um homem grego buscava comunhão de afetos e encontrava o amor erótico.

Vale lembrar que aquela modalidade de amor muitas vezes assumia feições sublimes, a situar-se para além da satisfação sexual. Assim:

“A pederastia – que para os gregos era o amor de um homem (geralmente com idade acima de trinta anos) por um adolescente (entre os quatorze e dezesseis anos) – era então um rito de iniciação daquela sociedade, que demarcava a passagem da infância para adolescência, e desta, para o mundo adulto. Tal prática não prejudicava o casamento nem o status do homem na sociedade, já que o fato de o homem ter sua esposa não o impedia de se relacionar com um adolescente; nem o fato de se relacionar com o adolescente significava o fim do seu casamento, pois o amor, nesse caso, era ao belo, ao sublime e o cultivo da inteligência e da cultura em um ser em formação, sendo assim, este tipo de amor não tinha sexo, portanto não podia ser condenado pela sociedade. Nesse sentido o homem deveria ter ascendência intelectual, cultural e econômica sobre o adolescente, afinal, ele complementaria a formação do jovem, iniciando-o nas artes do amor, no estudo da filosofia e da moral⁷⁸.

Para além dessa forma de amor reputada sublime e considerada como sendo o amor erótico por excelência na Grécia Antiga, os homens gregos também podiam obter prazer sexual com concubinas e cortesãs. “O concubinato para o cidadão atheniense era incentivado pelo Arcondato através das cortesãs *hetaerae* (hetraíras ou amigas íntimas) do modelo ateniense⁷⁹.

Estando a mulher em condição de inferioridade frente ao homem, na vida familiar sua autoridade era sempre menor que a do marido, ou mesmo do filho mais velho. Restando viúva, ficava sob a autoridade de um tutor. Entretanto, tinha um papel de relevo na

⁷⁷ *Idem - Ibidem*

⁷⁸ *Idem - Ibidem*

⁷⁹ SANTOS, Sidney Francisco Reis dos – **O Direito de Família na Grécia da Idade Antiga**. Direito Romano: Breve descrição de suas instituições jurídico-político através dos períodos da civilização romana. Revista Espaço Jurídico, 2001, n.º. 3.

administração dos negócios do lar e no cuidado com os filhos, além de tomar parte nos cultos familiares⁸⁰.

A retomar o tema do divórcio, às mulheres só era facultado pedi-lo em caso de esterilidade do marido, ou quando este cometesse bigamia. Aos homens era facultado repudiar a mulher em um rol muito mais extenso de hipóteses, incluindo as duas supramencionadas e, por óbvio, o adultério. As mulheres recebiam punições muito mais severas em caso de infidelidade conjugal, podendo receber a pena capital. O adultério cometido por um homem poderia ser punido com a mera obrigação de pagar indenização pecuniária ao marido traído, mas em muitos casos ocorria a impunidade⁸¹. Este era, portanto, o panorama da vida familiar e conjugal dos gregos antigos, caracterizado pela hierarquia entre os membros da família, e pela completa dissociação entre casamento e erotismo.

1.4 CASAMENTO E FAMÍLIA NO MUNDO OCIDENTAL

1.4.1 O Impacto do Cristianismo na Família e no Casamento

Foram abordadas anteriormente as instituições da família e a do casamento entre os povos antigos, mormente entre aqueles que, de uma forma ou de outra, compõem a herança ancestral daquilo que mais tarde viria a ser conhecida como civilização ocidental.

Com efeito, gregos e romanos estão entre os principais povos antecessores do Ocidente, exercendo sobre ele uma inegável influência cultural.

Entretanto, só se pode falar em civilização ocidental propriamente dita a partir do momento em que cai o Império Romano e se afirma a Cristandade, esta nova forma de civilização que nasce sobre os escombros da antiguidade clássica e tem seu início no que a historiografia convencionou denominar de Idade Média.

O advento do Cristianismo e da civilização que o teve como base representou uma reviravolta sem precedentes no universo da família e do casamento. Com efeito, a moral cristã referente ao matrimônio bem como as instituições que a acompanharam constituiu uma importante ruptura com os valores e costumes das civilizações pagãs anteriores.

⁸⁰ *Idem - Ibidem*

⁸¹ *Idem - Ibidem*

É facto que o Direito ocidental, sendo um herdeiro incontestado do legado jurídico da civilização romana (a ponto de o Direito Romano ser ainda hoje considerado a matriz do pensamento jurídico de várias nações ocidentais do presente, incluídas Portugal e Brasil), absorveu daquele povo muitas instituições. Entretanto, seria ilusório pensar que esse empréstimo se dera às cegas, sem um processo de ressignificação que imputara aos institutos romanos sobreviventes um sentido completamente diferente daquele que possuíam em sua origem.

O mesmo pode-se dizer também da instituição do casamento: embora em muitos ordenamentos jurídicos ela ainda possua algumas feições romanas (ao menos em alguns dos seus aspectos), desde o advento do Cristianismo o sentido do casamento – por mais que, formalmente, permanecesse próximo do instituto latino – foi substancialmente modificado pelo novo ambiente cristão.

“De facto, podemos dizer que hoje temos um ritual essencialmente romano, mantido como forma exterior de uma substância ideológica cristã e de uma dimensão jurídica enformada por um Estado cristianizado. [...] certas transformações ocorridas na Antiguidade Tardo-Cristã [...], ao modificarem a concepção de casal, de família e de vida privada, contribuíram para o distanciar do mundo clássico pagão, a ponto de dele pouco mais restar do que gestos e adereços, desprovidos de uma semântica real”⁸².

Paula Dias, observa “que o Cristianismo inaugura um novo *ethos* completamente diferente daquele da civilização romana pagã que o antecedeu. O Cristianismo ocupa todas as esferas da vida do indivíduo convertido ou nascido cristão. Algo muito diferente do que ocorria no mundo antigo, em que a religião e o Estado eram assuntos públicos, limitando-se a vida privada ao culto doméstico conduzido pelo chefe de família, no que se refere à presença do sagrado na vida familiar”⁸³.

Conforme Diogo Leite de Campos, foi o Cristianismo que transformou o casamento num sacramento e, conseqüentemente, numa instituição religiosa, divina”⁸⁴.

O Cristianismo, pelo contrário, exorta o seu seguidor a uma entrega completa de sua vida, a uma existência devotada, em todas as suas instâncias, ao cultivo das virtudes. Assim, o

⁸² DIAS, Paula Barata - **A influência do Cristianismo no conceito de casamento e de vida privada na Antiguidade Tardia**. [Em Linha]. Coimbra, 2004. [Consult. 14 Agost. 2019]. Disponível em: www2.dlc.ua.pt/classicos/casamento.pdf. p.100.

⁸³ *Idem - Ibidem*

⁸⁴ CAMPOS, Diogo Leite - **As Relações de Associação - O Direito sem Direitos**. s.l.: Almedina, 2011. p. 49.

comportamento, o modo de vida familiar, passou a ser assunto de interesse das autoridades religiosas, ou mesmo estatais, na medida em que Estado e Igreja começam a se imiscuir:

“Estamos, pois, muito longe da religiosidade pragmática e pública do *do ut des* do mundo pagão. Este novo Deus não se contenta com episódicos sacrifícios rituais, exige a entrega total de todas as esferas da vida do indivíduo. A vida privada tornou-se objeto de interesse para as autoridades religiosas, terreno de intervenção de um Estado progressivamente cristianizado e das autoridades episcopais.

Se esta intervenção política ou religiosa sobre a vida privada nos parece pouco característica, refiramos que essa não era a tradição clássica pagã, sobretudo numa primeira fase. Estado e religião pouco interferiam na esfera privada. Era sob a alçada do *paterfamilias* que, através de uma diversidade de procedimentos, se geria a vida privada dos indivíduos. Além disso, com o cristianismo, este controlo externo da vida privada convivía com o insistente apelo, nascido de uma concepção negativa da sexualidade humana, às virtudes da castidade e da continência, de que resultava uma sobrevalorização das formas celibatárias de vida. Seriam estas as duas características mais marcantes que resultaram dos novos tempos cristãos, as duas em choque nítido com a tradição pagã e o modo de conceber a liberdade e a dimensão privada dos homens”⁸⁵.

Entender, pois, o(s) modelo(s) de casamento prevalente(s) no mundo ocidental contemporâneo, bem como as instituições jurídicas que lhes são correlatas, requer, necessariamente, a compreensão da gênese desse modelo de ordem jurídica onde há necessária intervenção, em algum grau, do Estado na esfera da vida familiar. Estas origens estão, seguramente, no surgimento da Cristandade.

“De facto, o leitor pode justamente argumentar que o que aqui dizemos não constitui surpresa, pois actualmente também o Estado, e bem menos a Igreja, enquadra legalmente e modela um conceito de vida familiar. Insistimos, por isso, na ideia de que foi a Antiguidade pagã que de nós se distanciou, e que entre nós e os antigos romanos se introduziu um novo paradigma. A nossa contemporaneidade de membros de uma civilização ocidental fundada na tradição clássica e no judeo-cristianismo, embora vá acusando as primeiras brechas, ainda está construída sobre os pressupostos filosóficos, religiosos e mesmo legais que se formaram nos anos primeiros do cristianismo”⁸⁶.

Em se tratando dos fundamentos para a visão cristã a respeito do matrimónio a autora em tela situa-os no próprio texto bíblico, mais precisamente nos Evangelhos. É lá que Jesus Cristo afirma de forma enfática o carácter indissolúvel da união matrimonial entre o homem e a mulher, indo de encontro à prática do repúdio, autorizada pela lei mosaica, e tão comum em seus dias. É também na Bíblia, mais precisamente nas epístolas paulinas, onde se encontram uma série de exortações para que os fiéis casados cumpram com seus deveres recíprocos de marido e esposa, naquele que considerado um instituto sagrado: o casamento cristão⁸⁷.

⁸⁵ DIAS, Paula Barata - *Op. Cit.* p. 101.

⁸⁶ *Idem - Ibidem*

⁸⁷ *Idem - Ibidem*

Outro facto que merece destaque é que na própria Bíblia, ainda nas epístolas paulinas, se encontra o lugar do matrimónio dentro do projeto de vida cristão para a humanidade: para o Cristianismo, o ideal de vida é o celibato, a renúncia à vida sexual, a virgindade e a castidade. O casamento é integrado à vida cristã como uma possibilidade honrada, porém inferior ao ideal de continência da vida celibatária. O matrimónio é como que um remédio para a “concupiscência da carne”, porém, entretanto, uma via de santificação que não é a ideal⁸⁸.

Num outro aspeto da vida matrimonial cristã digno de nota – e negligenciado pelo senso comum – é a reabilitação da dignidade da mulher no interior da vida conjugal. Desprotegida de toda sorte de arbitrariedades que poderiam acontecer no manejo do instituto do repúdio, a indissolubilidade matrimonial instituída pelo Cristianismo protegia a mulher do desamparo e do abandono em um eventual divórcio⁸⁹.

Pode-se dizer que dois são os pilares da vida conjugal instituída pelo Cristianismo, portanto: por um lado, um ideal de vida calcado na renúncia e na castidade, sendo o casamento a *ultima ratio*, frente às limitações da natureza humana em seguir tal ideal; por outro lado, um matrimónio gravado pela indissolubilidade e repleto de exigências morais para ambos os cônjuges, exigências essas que, se impunham restrições à vida familiar, também garantiam a dignidade e o dever mútuo de respeito entre os esposos.

Para além do advento do Cristianismo e de sua difusão pela sociedade romana em decadência, verifica-se em paralelo a esse movimento histórico um outro, de importância fundamental para o entendimento da gênese da família ocidental cristã: com a ruína da civilização romana, o seu formato tradicional de família (o clã extenso, hierárquico, chefiado pelo *paterfamilias*), foi pouco a pouco cedendo espaço para a família nuclear, composta pelos pais e pela prole.

Dias⁹⁰ observa que, com o correr dos anos, as leis e costumes romanos foram simplificando bastante as uniões entre homens e mulheres por todo o Império. Quando do advento do Cristianismo o concubinato era a forma de união mais acessível, por vezes a única acessível, à grande maioria da população. O cristianismo concedeu-lhe dignidade, desde que vivida segundo os preceitos cristãos, de forma monogâmica e indissolúvel. Estavam assentadas as bases do que viria a ser o matrimónio durante toda a Idade Média cristã.

⁸⁸ *Idem - Ibidem*

⁸⁹ *Idem - Ibidem*

⁹⁰ *Idem - Ibidem*

“Foi a Igreja Católica [...] que foi forjando uma sociedade familiar europeia de tipo nuclear conjugal, impondo traços inéditos às populações que desejava cristianizar através do mundo. Com efeito, a Igreja proíbe práticas correntes na bacia mediterrânea como a adoção, a poligamia, o divórcio, o concubinato, o recasamento das viúvas, o casamento no seio do parentesco até ao sétimo grau, as rupturas frequentes (I Cor. 7, 12), entre outros aspectos. Ao contrário, acentua a importância do livre consentimento dos esposos baseado na afeição, condição *sine qua non* para haver casamento e instaurou a liberdade de testar. A partir do século XII eleva o casamento à dignidade de sacramento indissolúvel, o que reforça o peso da instituição. [...]

A nova forma de família, então proposta pela Igreja Católica, assenta no livre consentimento dos nubentes e no casamento monogâmico, dando origem a uma família nuclear conjugal, composta pelo pai, a mãe e os filhos, partilhando o mesmo espaço habitacional, à semelhança da família de Nazaré, o que não era uma regra até então, ainda que já tenha sido preconizada pelo estoicismo desde o 1º século da nossa era”⁹¹.

Durante o correr dos séculos, portanto, a Igreja Católica, na medida em que foi-se afirmando como instituição a conquistar almas por toda a Europa, lutou para varrer da cristandade todos os vestígios de costumes pagãos referentes ao matrimónio que não se enquadrassem com a moral cristã: o casamento entre pessoas com determinado grau de parentesco muito próximo, a poligamia, o concubinato, etc. A vida conjugal/familiar, portanto, foi circunscrita a um modelo de casamento que só comportava uma única união homem-mulher, impossível de ser dissolvida senão pela morte de um dos pares.

Se a indissolubilidade do casamento já se encontrava assentada na própria origem da moral cristã, na medida em que o matrimónio foi definitivamente reconhecido como sacramento ministrado pela Igreja, o seu carácter indissolúvel fora se estabelecendo de forma irrevogável.

“Nos fundamentos da Igreja, foram instituídos apenas seis sacramentos, aos quais, na Idade Média (que compreende o período que vai do final da Idade Antiga até a conquista de Constantinopla pelos muçulmanos, em 1453), foi incluído, não sem resistência, o casamento, a partir do Concílio de Florença, realizado em 1439, quando então o papa Eugénio IV conseguiu impor sua autoridade. Sob a égide da Igreja, o casamento tornou-se indissolúvel, porque “o que Deus une, o homem não separa”, e a poligamia e o concubinato foram proscritos. A infidelidade tornou-se pecado. [...]

A Igreja também subtraiu o direito ao erro e à mudança pela indissolubilidade do casamento. [...] manteve-se dominante a indissolubilidade do casamento, instituída para refletir a imagem de pureza da união de José com Maria e evitar a manipulação dos interesses económicos, tão comum naquela época”⁹².

⁹¹ LEANDRO, Maria Engrácia – **Transformações da Família na História do Ocidente**. [Em linha]. Porto, 2002. [Consult. 06 Abr. 2019]. Disponível em <https://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/12875/1/leandro.pdf>. pp. 60-1.

⁹² COSTA, Gley P. – **História do Casamento**. [Em linha]. Porto Alegre. [Consult. 06 Abr. 2019]. Disponível em https://www.larpsi.com.br/media/mconnect_uploadfiles/c/a/cap_01xxo.pdf. p. 22.

Dessa maneira o divórcio foi abolido da Cristandade por muitos séculos, só vindo a ser reabilitado na modernidade. O triunfo do Cristianismo representou o triunfo da mentalidade pela qual o matrimónio – enquanto sacramento, ministrado pela Igreja – era a única forma legítima de constituição de uma unidade familiar. Era também o único espaço autorizado pela moral cristã para o exercício da sexualidade lícita. Sendo, por definição, reputado sagrado, o matrimónio não poderia ser maculado pelo adultério, e tampouco ser desfeito pela via do divórcio, conforme a sua natureza perpétua, visto que sacramental.

O matrimónio, e, com ele, a sexualidade, foram restritos à atividade reprodutiva, pela ética sexual da idade média, de base cristã. O desejo e o prazer sexual foram proscritos, mesmo dentro das relações conjugais.

A finalidade do ato sexual era exclusivamente unitiva e reprodutiva: os casais deveriam-se unir sexualmente apenas com o fito de gerar uma prole, no contexto exclusivo do matrimónio.

Resultado dessa transformação nos valores ocidentais foi o banimento de todo erotismo da vida social. O sexo extramarital e qualquer forma de exposição do corpo humano foi considerado pela Igreja como pecaminoso. A esfera da sensualidade foi severamente reprimida de todas as instâncias sociais, mesmo entre os casais casados, em prol da castidade.

“Enquanto a ética sexual da Idade Média se baseou na recusa do prazer e na obrigação da procriação no contexto do relacionamento conjugal, a partir de 1500, por dois séculos, houve uma promoção radical da castidade e do puritanismo em todas áreas da vida cotidiana, com fechamento dos bordéis e a proibição de todas as formas de exposição do corpo, até mesmo nos balneários. O pudor se tornou um símbolo de distinção social e moral, principalmente, na classe média. Estado, Igreja e médicos da época apossaram-se do corpo e da sexualidade, condenando o erotismo e restringindo o relacionamento sexual a uma finalidade exclusivamente conjugal e reprodutiva. A partir do Concílio de Trento (1563), a Igreja Católica empreendeu uma guerra sistemática a todas formas de relações sexuais fora do casamento. A paixão sensual passou a ser censurada mais radicalmente, até mesmo dentro do casamento, pelo fato de enfraquecer o amor a Deus. O ato sexual, para que não se constituísse em um pecado mortal, deveria realizar-se, exclusivamente, em razão da reprodução”⁹³.

Fora observado anteriormente que a cristianização do mundo romano representou um primeiro passo em direção à intervenção estatal (na verdade, intervenção da Igreja, por via do Estado, já que a ideia de Estado laico é essencialmente moderna) na vida familiar e conjugal e na medida em que Igreja e Estado vão se separando, cumpre cada vez mais ao poder público estabelecer as regras do que viria a ser ou não um casamento legítimo.

⁹³ *Idem - Ibidem*

A Reforma Luterana, e, mais tarde, a Revolução Francesa, foram dois passos decisivos em direção à secularização da sociedade e do Estado, o qual, passando a operar de forma independente das autoridades eclesiásticas, passou a tratar o casamento e seus institutos correlatos como algo de seu interesse, o que representou um grau de intervenção ainda maior dos poderes públicos em assuntos que eram, até então, de competência da religião e de interesse majoritariamente privado.

“Acrescente-se que boa parte das mudanças sofridas no seio da família derivou da própria alteração da natureza do casamento que, com a Reforma Luterana e a Revolução Francesa, passaram a interessar diretamente ao Estado, operando-se a secularização do instituto e abrindo-se espaço para o aumento da ingerência estatal em assuntos que antes eram essencialmente privados ou religiosos”⁹⁴.

O rompimento da hegemonia da fé católica (com o concomitante avanço do protestantismo), por um lado, e, por fim, a própria secularização da sociedade como um todo, o que viria a ocorrer com a vitória do Iluminismo, abririam as portas para o retorno da instituição do divórcio nas legislações dos países ocidentais.

Mas isto explica apenas parcialmente a situação.

Xavier⁹⁵ observa ainda que contribuiu para a transformação das concepções sobre a família e o casamento a progressiva atomização experimentada pelas unidades familiares a partir do século XVIII.

Explica a autora que a família cristã, embora similar à família romana natural, nuclear, em sua origem (se comparada com o clã extenso dos romanos, por exemplo), era ainda bastante extensa se considerada com os pequenos núcleos familiares dos tempos modernos. A própria noção de família, até o séc XVIII, compreendia não só o casal e sua prole, mas todos os que habitavam uma mesma casa, o que abrangia também empregados e escravos, por exemplo.

A família era muito mais do que uma unidade que visava à comunhão de afetos e à criação de uma prole: era também unidade política, produtiva, defensiva, educacional, etc. Fora a transferência de muitas dessas funções para outras instâncias da sociedade, como o próprio Estado, por exemplo, que promovera a nuclearização progressiva das unidades familiares.

⁹⁴ XAVIER, Fernanda Dias - **União Estável e Casamento: a impossibilidade de equiparação à luz dos princípios da igualdade e da liberdade**. Brasília: TJDFT, 2015. ISBN: 978-85-60464-07-4, p. 23.

⁹⁵ XAVIER, Fernanda Dias - *Op. Cit.* p. 24.

“Deve-se ressaltar que, embora a família moderna possua traços similares ao da família natural romana, até o século XVIII o termo família não se destinava à qualificação do núcleo pai-mãe-filhos e sim daqueles que viviam em uma mesma casa, incluindo os empregados e escravos, o que significava um grupo relativamente grande de pessoas, em geral sem vínculo consanguíneo.

O número extensivo de seus membros pode ser justificado pelo fato de que, até a Revolução Industrial, a família exercia múltiplas funções, principalmente nos países onde ainda não existia um governo centralizado, consistindo em organização defensiva e política, em escola, igreja, sistema judicial e unidade de produção.

Com o passar do tempo, tais atribuições foram sendo gradualmente transferidas para o Estado, a Igreja e o mercado. Em consequência, a família sofreu nuclearização progressiva, bem como houve o enfraquecimento da figura paterna autoritária”⁹⁶.

Tendo a família sido usurpada em várias de suas funções tradicionais a tornar-se progressivamente nuclearizada, também se operou um inequívoco enfraquecimento dessa instituição ao longo do tempo em praticamente todo o Ocidente, particularmente após a revolução industrial. A típica família ocidental pós-industrial é instável, constituída a partir de motivações subjetivas por parte dos cônjuges e, por esse mesmo motivo, facilmente desfeita, seja pela saída dos filhos do lar para constituírem novas famílias (e posterior morte do casal), seja pela própria separação do casal após o fim de suas expectativas quanto à vida em comum.

Xavier, ao analisar a obra do historiador *Le Play*, reproduz o sentir desse autor a respeito do que se tornara a família contemporânea, entre as classes trabalhadoras:

“Por fim, identificou-se a família instável, própria da classe trabalhadora europeia, caracterizada pelo autor como egoisticamente individualista, pois colocava acima dos valores tradicionais a intimidade e os sentimentos de seus membros. Tal estrutura representava uma família formada a cada casamento, ampliada pelo nascimento de filhos e reduzida pela saída posterior desses do lar comum e formação de novas famílias, extinguindo-se com o falecimento do casal inicial”⁹⁷.

Costa, por sua vez, apresenta um quadro mais otimista da família moderna. De acordo com o autor, a partir do século XVIII surge um modelo de família onde prevalece a paridade entre os cônjuges, o que ele considera como algo de positivo em comparação com o modelo anterior. Estando a mulher no mercado de trabalho por força da revolução industrial e do advento do capitalismo, surge espaço para uma família e um casamento onde os cônjuges ocupam uma posição mais igualitária, sem estar a mulher numa posição de inferioridade hierárquica em relação ao esposo. Por outro lado, esse modelo de família abre espaço para o casamento baseado no afeto entre os cônjuges e na afinidade sexual, onde a ideia de “amor romântico” passa a desempenhar um papel determinante na formação dos casais e na permanência das relações conjugais.

⁹⁶ XAVIER, Fernanda Dias - *Op. Cit.* p. 25.

⁹⁷ XAVIER, Fernanda Dias - *Op. Cit.* p. 26.

“De acordo com os historiadores, o século XVIII representa o início do florescer do casamento igualitário, baseado no afeto mútuo e na compatibilidade sexual. Na verdade, somente a partir deste momento é que surgiu na história da humanidade o tão decantado, em nossos dias, “casamento por amor”, reunindo liberdade de escolha, ternura, amizade e prazer sexual. A revolução industrial e o capitalismo no século XVIII, ao aceitar a mulher no mercado de trabalho, paradoxalmente, contribuiu para que ela deixasse de ser propriedade privada familiar e passasse da posição exclusiva de reprodutora para se tornar também produtora”⁹⁸.

A emergência de uma sociedade e de um Estado laicos (e, com eles, de legislações que desvinculavam a instituição do casamento de sua concepção religiosa de sacramento indissolúvel), a crescente atomização dos núcleos familiares, e, por fim, a própria ideia de afeto e amor como relevante para o estabelecimento/manutenção dos vínculos conjugais, tudo isso compôs o ambiente no qual o instituto do divórcio pôde ser reabilitado.

Com tais transformações na mentalidade ocidental, a ideia de um casamento perpétuo foi pouco a pouco perdendo espaço, e o divórcio (assim como o casamento civil), a voltar a ser uma possibilidade para os casais, o que será visto adiante.

⁹⁸ COSTA, Gley P - **O amor e seus labirintos**. Porto Alegre: Artmed. Livro Eletrônico, 2007, p. 24.

CAPÍTULO 2

2.1 BREVE HISTÓRICO DO CASAMENTO A PARTIR DO BRASIL IMPÉRIO ATÉ OS DIAS DE HOJE

No Brasil Império era conhecido somente o casamento católico, religião oficial do Estado, o qual era regulado pelas normas do Concílio de Trento e Constituições do Arcebispado da Bahia.

Entretanto, na história, há registros de que a laicização do casamento demorou a contar com previsão no ordenamento jurídico brasileiro construído a partir da outorga da Carta de 1824 conforme segue:

“Estava contido no texto constitucional em seu artigo 5º que a Igreja Católica Apostólica Romana continuaria a ser a religião do Estado, mantendo o sistema do padroado praticado desde o período colonial como herança da administração portuguesa.

Por esse sistema, o Governo Imperial mantinha a religião católica, provendo os benefícios eclesiásticos. Em contrapartida, o Imperador - e não o Papa - nomeava os bispos de sua confiança (art. 102, parágrafo 2º). Também competia ao Imperador a concessão do beneplácito imperial para a aplicação em território brasileiro dos Decretos dos Concílios, Letras Apostólicas, Constituições Eclesiásticas (art. 102, parágrafo 14) e quaisquer outras peças com conteúdo normativo emanadas da autoridade eclesiástica.

Ainda o artigo 5º da Carta de 1824 permitia todas as outras religiões com seu culto doméstico ou particular em casas para isso destinadas, desde que não tomassem forma exterior de templo. Denotando a sua orientação liberal Carta de 1824 previa um rol de direitos e garantias individuais no qual asseverava que ninguém poderia ser perseguido por motivo de Religião, uma vez que respeitasse a do Estado, e não ofendesse a moral pública (parágrafo 5º). Também entre o rol de garantias individuais determinava que deveria ser organizado, o “quanto antes um Código Civil, e Criminal, fundado nas solidas bases da Justiça, e Equidade” (parágrafo 18).

Se logo nas primeiras legislaturas, a Igreja Católica e a liberdade de outros cultos não foram esquecidas pelas previsões do Código Criminal do Império de 1830, que protegia a religião oficial do Estado (artigo 277) e punia qualquer tipo de perseguição por motivo de religião (artigo 191), tutelando aqueles que professassem outros cultos não católicos, ninguém parecia à vontade para regular uma área em que o poder civil ainda não era confrontado pelo poder da Igreja.

No que diz respeito à celebração de casamentos, essa reserva de competência da Igreja Católica, cujos membros remunerados pelo Poder Público também estavam submetidos à hierarquia do poder temporal, além de suprir a demanda em estender a administração pública aos rincões mais distantes do Império, também atendia ao desejo da maioria da população que professava a religião oficial. Assim como ocorreu nas demais nações católicas, qualquer proposta de alteração do procedimento de celebração do casamento seria custosa e, pelo texto constitucional, deveria ser justificada por uma real necessidade (artigo 179, parágrafo 2º).

Este artigo pretende analisar os debates antecederam a primeira legislação do casamento civil no Brasil do século XIX enquanto não editado o Código Civil previsto

pela Carta. Esses debates, em que juristas e representantes da elite política imperial identificaram a necessidade de legislação sobre o tema, ocorreram no Conselho de Estado do Império.

Como órgão auxiliar do Poder Moderador que segundo o texto constitucional era atribuído ao Imperador para garantir a harmonia entre os poderes, o Conselho de Estado assumiu um papel de intérprete e produtor da doutrina jurídica nacional, suprindo o espaço deixado por um sistema judiciário em que o órgão de cúpula — no caso brasileiro, o Supremo Tribunal de Justiça — não se desincumbia da tarefa de orientar o julgamento de casos das instâncias inferiores pela edição de precedentes quando a lei fosse causa de controvérsias.

Quando não havia lei que regesse a matéria debatida pelo Conselho, o órgão indicava ao Governo Imperial a necessidade de produção legislativa sobre o assunto. Foi o que ocorreu com relação ao casamento civil⁹⁹.

Contudo, houve regulamentação em 17 de abril de 1863, pelo Decreto 3.069, a Lei nº. 1.144 de 11, de setembro de 1861, passando a ser permitido o casamento dos não católicos, a obedecer às regras de suas religiões, havendo, portanto, três tipos de ato nupcial: o católico, fundado nas normas do Concílio de Trento e das Constituições do Arcebispado baiano; o misto, realizado entre católicos e não católicos, regido pelo direito canônico; e o acatólico, que unia pessoas de crenças diversas.

A partir do advento da República o Estado brasileiro tornou-se laico, em virtude do Decreto 119-A, de 07 de janeiro de 1890, que determinou a separação entre a Igreja e o Estado. No dia 24 de janeiro de 1890, foi promulgado o Decreto nº. 181, que instituiu o casamento civil, único ato válido para a celebração do casamento, uma vez que em seu art. 108, não mais era atribuído valor ao casamento religioso.

Leciona a doutrinadora Maria Helena Diniz:

“O Código Civil de 1916 consolidou e regulamentou o casamento civil, sem fazer qualquer menção ao religioso, que, na seara juscivilística, é inexistente juridicamente, sendo as relações entre os participantes desse vínculo mero concubinato”¹⁰⁰.

Já a Constituição de 1934 atribuiu efeitos civis ao casamento religioso, surgindo posteriormente a Lei nº. 1.110/50, que regulou o reconhecimento dos efeitos civis ao casamento religioso, bem como a Lei nº. 6.015/73, que tratou, entre outras matérias, sobre o registro do casamento religioso para efeitos civis.

Hodiernamente, sob o amparo da Constituição Federal de 1988, o casamento religioso continua com os efeitos civis, se cumpridas às exigências previstas em lei, pois o

⁹⁹ Artigos e notas sobre as origens do casamento civil no Brasil - [Em linha]. Belo Horizonte. [Consult. 06 Agost. 2019]. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/23332/notas-sobre-as-origens-do-casamento-civil-no-brasil>.

¹⁰⁰ DINIZ, Maria Helena - **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. 19.^a ed. rev., aum. e atual. De acordo com o novo código civil (Lei n.º 10.406, de 10-1-2002) e Projeto de Lei n.º 6.690/2002. São Paulo: Saraiva, 2004, v.5. p. 34.

Código Civil é responsável por estabelecer tais formalidades, e no casamento católico prevalece a morte como sendo o término, prevalecendo que o que Deus uniu o homem não separa.

2.2 EFEITOS DO CASAMENTO

O casamento é um ato solene, que apresenta consequências jurídicas no ordenamento jurídico, esses efeitos se espalham no ambiente social, nas relações econômicas e pessoais dos cônjuges e nas relações patrimoniais.

A doutrina divide os efeitos do casamento em três classes: social, pessoal e patrimonial e nesse sentido leciona Maria Helena Diniz:

“O casamento gera consequências que refletem no ambiente social, nas relações pessoais e econômicas entre os consortes, e nas relações pessoais e patrimoniais entre pais e filhos, acarretando a origem de direitos e deveres que são dos por normas jurídicas”¹⁰¹.

O efeito pessoal do casamento está relacionado a direitos e deveres que cada cônjuge tem que ter com o outro. Há vários princípios reguladores das relações conjugais, como o princípio da igualdade de direito e deveres, este princípio decorre da Constituição Federal do Brasil, na qual as relações conjugais estão relacionadas a direitos e deveres recíprocos, princípio da plena comunhão de vida, no qual a plena comunhão de vida constitui a finalidade legal do casamento, e o princípio da decisão comum que trata da comum decisão das questões de vida familiar.

O Código Civil Brasileiro, em seu artigo n°. 1566, elenca os efeitos pessoais do casamento: fidelidade mútua, coabitação, mútua assistência, respeito e consideração mútuos; igualdade de direitos e deveres entre marido e mulher, nos termos do artigo n° 1511° do mesmo diploma legal, assim como há semelhante teor no Código Civil Português.

2.2.1 Artigo 1566.º

Art. 1.566: São deveres de ambos os cônjuges:
I – fidelidade recíproca;
II – vida em comum, no domicílio conjugal;
III – mútua assistência;
IV – sustento, guarda e educação dos filhos;
V - respeito e consideração mútuos.

¹⁰¹ DINIZ, Maria Helena – *Op. Cit.* p. 43

O Código Civil Português elenca os seguintes artigos, dentre outros:

2.2.2 Artigo 1671.º

Artigo 1671.º (Igualdade dos cônjuges)

1. O casamento baseia-se na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges.
2. A direcção da família pertence a ambos os cônjuges, que devem acordar sobre a orientação da vida em comum tendo em conta o bem da família e os interesses de um e outro.

2.2.3 Artigo 1672.º

Artigo 1672.º (Deveres dos cônjuges)

Os cônjuges estão reciprocamente vinculados pelos deveres de respeito, fidelidade, coabitação, cooperação e assistência.

2.2.4 Artigo 1673.º

Artigo 1673.º (Residência da família)

1. Os cônjuges devem escolher de comum acordo a residência da família, atendendo, nomeadamente, às exigências da sua vida profissional e aos interesses dos filhos e procurando salvaguardar a unidade da vida familiar.
2. Salvo motivos ponderosos em contrário, os cônjuges devem adoptar a residência família.
3. Na falta de acordo sobre a fixação ou alteração da residência da família, decidirá o tribunal a requerimento de qualquer dos cônjuges.

O legislador foi bem claro ao elencar esses direitos e deveres, nos quais o descumprimento, por alguma das partes, pode acarretar consequências jurídicas.

Segundo Dimas Messias de Carvalho:

“O matrimônio desencadeia uma série de obrigações estritamente pessoais e infungíveis entre os consorte e cuja observância é necessária para que se possa realizar a finalidade e os efeitos do casamento, exigindo, a ordem pública e o interesse social, a imposição de direitos e deveres recíprocos aos cônjuges que não se medem em valores pecuniários, mas nem por isso menos significativos”¹⁰².

Quanto aos efeitos sociais, reforça que o casamento aduz ser a base da família, estando relacionado à criação de uma família matrimonial, artigo 226º da Constituição Federal do Brasil; o estabelecimento do vínculo de afinidade entre cada cônjuge e os parentes do outro (art. 1.595 do CC); produz a emancipação do cônjuge menor de idade, a torná-lo

¹⁰² CARVALHO, Dimas de Messias – **Direito das Famílias**. 2ª ed. Lavras: Unilavras, 2014. ISBN 978-85-67895-00-0. p. 182.

plenamente capaz, como se houvesse atingido a maioria (art. 5º, parágrafo único, II do CC). Esses efeitos refletem em toda sociedade, e constitui o estado de casado.

No aspecto patrimonial os efeitos são mais complexos, pode ser diferente de acordo com cada regime de bens ou pacto antenupcial. O Código Civil estabelece algumas restrições patrimoniais às ações dos nubentes, com o objetivo puramente de proteger o patrimônio familiar.

São efeitos patrimoniais do casamento: criação da sociedade conjugal, que será delimitada de acordo com o regime de bens; o direito sucessório do cônjuge sobrevivente que é herdeiro necessário, outro direito do cônjuge sobrevivente é o direito real de habitação relativo ao imóvel destinado à residência familiar (art. 1.831 CC); os pais devem administrar os bens do filho menor; impõe o dever alimentar entre os cônjuges e em favor dos filhos e institui o bem de família (art. 1.711 da Lei nº. 8.009/90 Lei de Alimentos).

No caso da administração dos bens comuns e de certo bem particular, ou quando um dos cônjuges não puder exercer a administração dos bens que lhe incumbe, caberá ao outro consorte administrá-los, podendo inclusive alienar os bens móveis comuns, bem como os bens imóveis comuns e os imóveis do conjugue através de autorização judicial, nos termos do artigo 1.651, incisos I, II, e III do CC, nesses casos os efeitos do casamento não dependem do regime de bens ou do pacto antenupcial.

O artigo 1.647 do Código Civil Brasileiro, assim como no Código Civil Português, ressalta uma série de atos que o cônjuge não pode praticar sem a autorização do outro, exceto no regime de separação absoluta de bens, os atos são alienar ou gravar de ônus real os bens imóveis; pleitear, como autor ou réu, acerca desses bens ou direitos; prestar fiança ou aval; fazer doação, não sendo remuneratória, de bens comuns, ou dos que possam integrar futura meação.

Logo em seguida, aduzido pelo artigo 1.648 do mesmo diploma legal o legislador preceitua que, cabe ao juiz, nesses mesmos casos, suprir a outorga, quando um dos cônjuges a denegue sem motivo justo, ou lhe seja impossível concedê-la.

Ambos os cônjuges são obrigados a contribuir para as despesas do casal, são de ambos a responsabilidade pelos encargos da família, de contribuir com o rendimento de seu trabalho e de seus bens, salvo determinação em contrário no pacto antenupcial, nos termos

dos artigos n.ºs 1.565, 1.568 e 1.688 do Código Civil Brasileiro, no qual o Código Civil Português trata em seus artigos 1587.º a 1772.º.

Decorrendo do caráter monogâmico que o casamento possui a fidelidade recíproca se importa em dever moral e jurídico. A infidelidade, anteriormente, implicava infração penal, e, segundo Maria Helena Diniz¹⁰³, que reprova a infidelidade tanto do marido quanto da esposa, a da mulher se torna mais grave pelo facto de poder engravidar de suas relações sexuais extramatrimoniais, introduzindo prole alheia, à qual ao marido caberá o sustento da criança como se seu filho fosse. Quanto ao homem, quando tem filhos fora do casamento, estes geralmente ficam na companhia da mãe.

Outro aspecto importante que leciona Carvalho¹⁰⁴, e insta salientar, é que: o dever de coabitação sob a mesma casa, entretanto, não é absoluto, pois podem existir casos em que a coabitação física fica temporariamente impedida, como em grave enfermidade na hipótese do casamento nuncupativo e ausência do domicílio em razão da profissão (viajante, marinheiro, etc.) ou por exercer as atividades em outro local.

2.3 BREVE HISTÓRICO DO CASAMENTO EM PORTUGAL

Portugal, como o restante da Europa, foi parte da Cristandade desde as suas origens como nação independente, o que remonta à Idade Média. Como tal, em seus primórdios, Portugal se sujeitava às normas eclesiásticas no que diz respeito ao casamento e seus institutos relacionados.

Em seu início enquanto país Portugal era uma monarquia que desconhecia a ideia de separação entre Igreja e Estado, já que a ideia de um Estado laico só surgiria muitos séculos depois, com o advento do Iluminismo. Entretanto, muitos aspetos da vida jurídica da nação portuguesa do passado eram regulados pelas normas eclesiásticas, como costumava acontecer com outros países da mesma época.

¹⁰³ DINIZ, Maria Helena - **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. 19.ª ed. v.5. rev., aum. e atual. de acordo com o novo código civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002) e Projeto de Lei n. 6.690/2002. São Paulo: Saraiva, 2004. pp. 127-128.

¹⁰⁴ CARVALHO, Dimas de Messias – **Direito das Famílias**. 2ª ed. Lavras: Unilavra, 2014. ISBN 978-85-67895-00-0. p. 184.

Durante grande parte de sua história Portugal teve um período civil regulada pelas Ordenações do Reino. Estas eram uma espécie de compilação de normas esparsas e de costumes, que vigoravam desde tempos remotos em solo luso, e que formavam a base do direito português pré-moderno, até o advento do período constitucional e da era das codificações. As Ordenações do Reino, de acordo com Queiroz¹⁰⁵, eram um conjunto normas de inspiração romano-canônica que remontam ao século XII. As Ordenações propriamente ditas, porém, começam a vigorar em Portugal a partir do século XV. O autor destaca a relevância desse compêndio normativo, que correspondeu a uma fase de centralização legislativa naquele país.

A era das Ordenações do Reino em Portugal compreendia três períodos distintos: o das ordenações afonsinas (iniciado no século XV), o das ordenações manuelinas (do século XVI ao XVII) e, por fim, o das ordenações filipinas, que se iniciara no século XVII e vigoraram até o século XIX. Todas elas compreendiam a compilação de leis gerais, resoluções régias, concórdias, concordatas e bulas, além da jurisprudência e dos costumes.

Eram divididas em livros (sendo que cada ordenação possuía uma subdivisão e uma sistematização diferenciada uma da outra), cada qual tratando de temas como a organização do Estado, privilégios da nobreza, processo civil, Direito civil e também o Direito e processo criminais¹⁰⁶.

Conforme dito antes, as Ordenações do Reino eram de inspiração romano-canônica e, numa fase em que a ideia de Estado laico sequer existia, é de se imaginar que essa legislação admitisse a intervenção das leis eclesiásticas no ordenamento jurídico em geral. Era precisamente o que ocorria, posto que as ordenações determinavam a aplicação subsidiária do Direito Canônico, estatuinto ainda que, em conflitos de normas, aquelas de procedência religiosa teriam prevalência, não podendo prevalecer a norma que contrariasse a moral católica ou as leis divinas.

“Questão especialmente interessante é a da hierarquia das normas no tocante ao direito subsidiário. Sendo o Direito Canônico vigente em certas matérias no território português ao tempo da aprovação das Ordenações, e considerada, ainda, a influência do Direito Imperial Romano, interessava fixar a prevalência de cada um, no caso de conflito de regras. O primeiro critério adotado é o predomínio do direito pátrio ou nacional, incluindo nele não somente as leis do Reino, mas também o

¹⁰⁵ QUEIROZ, Frederico Henrique Pereira – **Direito Português e Brasileiro: história e evolução**. [Em linha]. Belo Horizonte. [Consult. 06 Abr. 2019]. Disponível em <https://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/artigo/3806/direito-portugues-brasileiro-historia-evolucao->.

¹⁰⁶ *Idem - Ibidem*

estilo da Corte (costume jurisprudencial do tribunal supremo) e o costume do Reino antigamente usado. Assim, onde a lei do Reino dispusesse cessariam todas as outras leis e direitos. Porém, se o caso a decidir não fosse contemplado pelo direito pátrio, observar-se-iam, então, as leis imperiais desde que sua aplicação não implicasse para as pessoas em transgressão das leis divinas ou da moral religiosa, quando a prevalência seria do Direito Canônico. Caetano cita o caso da posse de má-fé que, embora perante o Direito Romano sirva de fundamento para a usucapião, caracteriza em face da moral cristã uma infração - a consciência de deter e reter coisa que não pertence ao possuidor. Em tais condições a posse não poderia ser título aquisitivo de um direito¹⁰⁷.

A considerar o facto de que Portugal era um país católico, e que não havia separação entre religião e Estado, sendo a própria norma eclesiástica considerada fonte subsidiária do Direito, não é difícil concluir que, enquanto perdurou tal estado de coisas, eram as leis da Igreja que regulavam o matrimónio e sua dissolução em solo português.

A Igreja considera o matrimónio (considerado um sacramento) como sendo um vínculo perpétuo e indissolúvel, não podendo ser rompido a não ser pela morte de um dos cônjuges, desde que validamente contraído. Com efeito, ainda hoje o Direito Canônico considera a unidade e indissolubilidade pois o “não separa o homem o que Deus uniu” conforme ensinado por CAHALI¹⁰⁸.

Evidentemente, o Direito Canônico admite a anulação de um matrimónio, nos casos em que ele não seja validamente contraído. Nesses casos, não há que se falar em dissolução do vínculo conjugal, mas tão-somente em declaração de nulidade de um casamento cuja celebração fora eivada de algum dos vícios constantes da lei canônica¹⁰⁹, portanto, esta possibilidade não viola o princípio da indissolubilidade matrimonial.

Também a lei canônica admite a separação de corpos, quando a vida conjugal fica impossibilitada por algum motivo reputado grave. Dentre estes motivos, constam o adultério por culpa exclusiva de uma das partes, ou qualquer outro em que um deles represente; “nesse caso, se permitia ao homem apenas afastar-se dela, com a separação conjugal sem rompimento do vínculo e liberação para novas núpcias”¹¹⁰. Também neste prisma, não há que se falar em dissolução do vínculo conjugal. A separação de corpos mantém o casal unido pelos laços do matrimónio indissolúvel, impedido de contrair novas núpcias, mas com as portas abertas para a reconciliação.

¹⁰⁷ VELASCO, Ignacio M. Poveda – **Ordenações do Reino de Portugal**. [Em linha]. São Paulo. [Consult. 06 Abr. 2019]. Disponível em <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67236/69846>. pp. 19-20.

¹⁰⁸ CAHALI, Yussef Said – **Separações Conjugais e Divórcio**. 12ª ed. Editora: RT. São Paulo, 2011. pp. 52-53.

¹⁰⁹ *Idem - Ibidem*

¹¹⁰ *Idem - Ibidem*

Embora a lei canônica tenha mudado em alguns aspetos ao longo dos séculos, sua essência permaneceu a mesma. No tocante às disposições referentes ao matrimônio não era diferente. Portanto, é de se imaginar que no Portugal antigo vigoravam disposições semelhantes às acima expostas, nas quais a indissolubilidade matrimonial era um princípio intocável.

A partir do século XIX, entretanto, este paradigma começa a mudar lentamente. O primeiro passo nesse sentido foi a promulgação do Código Civil de 1867. Com o advento desse código, são revogadas as disposições contidas nas Ordenações do Reino, e Portugal adentra definitivamente na chamada “era das codificações”.

Porém, em sua elaboração, O Código de Seabra não acolheu o entendimento da apresentação jurídica da família como autónoma e que seria preservado no âmbito dos contratos¹¹¹.

Segundo Pereira¹¹², apesar da doutrina discutir sobre a problematização da existencia de outras fontes institucionais de família, o artigo 1576 CC apenas se refere ao casamento como *uma fonte institucional da família*.

Ainda conforme Pereira: “com a celebração do casamento gera-se vínculo, uma nova família”¹¹³.

Noutra visão não menos importante sobre as grandes inovações daquele código, foi a admissão do casamento puramente civil. A partir de então o casamento em terras portuguesas não tinha de se revestir necessariamente da forma de um sacramento religioso; era possível que não-católicos contraíssem matrimônio fora das normas da Igreja Católica.

O Código de Seabra também passara a prever todo um procedimento especial para as hipóteses de separação de pessoas, em tudo análoga à separação de corpos do Direito Canônico, acima analisada. Pela primeira vez isso aconteceu na história de Portugal, fora dos escopos da legislação eclesiástica. Pode-se dizer, portanto, que as grandes inovações trazidas pelo Código Civil de 1867 relativas ao casamento são as seguintes:

¹¹¹ O Código de Seabra colocou o contrato de casamento acima na matéria dos contratos, qual seja, artigo nº 1056 e seguintes.

¹¹² PEREIRA, Maria Margarida Silva – **Direito da família**. 2.ed. Lisboa: Alameda da Universidade., 2018, ISBN 978-972-628-841-8. p. 199-200.

¹¹³ PEREIRA, Maria Margarida Silva – *Op. Cit.* p. 207.

“— a admissibilidade de um casamento puramente civil, para os não católicos, não se prevendo uma especial indagação sobre a religião (ou falta dela) dos nubentes; — um processo especial para a separação de pessoas e para a simples separação judicial de bens; anteriormente, a separação *quoad thorum et cohabitationem* era admitida pelo Direito canónico apenas havendo adultério da mulher e no caso de sevícias”¹¹⁴.

O Professor Doutor António Menezes de Cordeiro traz seu ponto de vista em relação à evolução humana a questionar se os atos errôneos que são inexplicáveis à luz do racionalismo do ser humano podem ser fatores decisivos na evolução humana:

“A irracionalidade das condutas não impede, verificadas as circunstâncias, resultados previsíveis. É certo que a sua “previsibilidade” só é constatável, muitas vezes, a posteriori. Mas ao menos nesse plano, recupera-se a racionalidade que faltou à partida. Isto dito: a conduta irracional deixa de o ser quando, com ela, se procurem certos efeitos pretendidos. Nova questão clássica: os efeitos (lógicos) de opções ilógicas não podem, eles próprios, ser contaminados pelo irracionalismo de raiz, acabando por desencadear processos que ultrapassem os decisores de início?”¹¹⁵.

O advento do casamento civil, embora tenha representado uma mudança em direção à laicização da legislação portuguesa referente ao direito de família, na prática, nada inovou quanto à possibilidade de dissolução do vínculo conjugal. Pelo contrário, o Código de Seabra permanecera fiel ao preceito, agora tornado laico, da indissolubilidade conjugal, conforme se podia ler no próprio texto legal. De facto, o seu art. 1056º definia o casamento como sendo “Um contrato perpetuo feito entre duas pessoas de sexo diferente, com o fim de constituírem legitimamente a família”¹¹⁶.

“O presidente da República promulgou o decreto-lei que altera o Código Civil e elimina o período que homens e mulheres divorciados precisavam de aguardar para poderem voltar a casar.

De acordo com a nota publicada na página oficial na internet da Presidência da República, o chefe de Estado promulgou o diploma que “altera o Código Civil, revogando o instituto do prazo nupcial”, ou seja, estabelece o fim do prazo imposto pela lei para casar-se outra vez, depois de um divórcio.

Antes da alteração legislativa aprovada em 11 de julho, em sede de especialidade parlamentar, as mulheres divorciadas tinham de esperar 300 dias para voltarem a casar e os homens tinham de aguardar 180 dias.

De acordo com a legislação anterior, era, contudo, possível uma mulher divorciada ou viúva “contrair novas núpcias passados 180 dias” se obtivesse uma “declaração judicial” de que não estava grávida ou tivesse “tido algum filho depois da dissolução, declaração de nulidade ou anulação do casamento anterior.

A proposta de eliminação do prazo internupcial que estava previsto no Código Civil resultou de projetos apresentados por PS, BE e PAN.

¹¹⁴ CORDEIRO, António Menezes – **Divórcio e Casamento na I República: questões fraturantes como arma de conquista e de manutenção do poder pessoal?** [Em linha]. Lisboa, 2011. [Consult. 06 Abr. 2019]. Disponível em <https://www.oa.pt/upl/%7B8262df14-0c0f-4008-a485-15da3956c828%7D.pdf>. pp. 46-87.

¹¹⁵ CORDEIRO, António Menezes – *Op. Cit.* p. 47.

¹¹⁶ CORDEIRO, António Menezes – *Op. Cit.* p. 86.

Na altura, o documento foi aprovado pela Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias com os votos favoráveis dos socialistas, bloquistas, PSD, PCP e PAN e o voto contra do CDS-PP.

Em 2017, o Bloco tinha apresentado uma proposta que previa um prazo internupcial de 180 dias para ambos os sexos.

O PS foi mais longe e propôs a redução deste período para 30 dias e o PAN apresentou uma proposta que eliminava definitivamente o tempo de espera entre o divórcio e um novo matrimónio.

A proposta acabou por ser concordada entre estes três partidos e foi aprovada em votação final global na última sessão plenária da legislatura, em 19 de julho¹¹⁷.

Pertinente faz-se constar como registo neste tópico a inclusão da mais recente mudança aprovada, a qual trará alteração no Código Civil no que abrange o intitudo casamento, conforme noticiado pelo JN-PT em agosto de 2019, e acima citado.

¹¹⁷ **Notícia do JN-PT** - [Em linha]. Lisboa, 2019. [Consult. 06 Agot. 2019]. Disponível em <https://www.jn.pt/nacional/interior/promulgado-diploma-que-elimina-prazo-para-casar-segunda-vez-11187428.html>

CAPÍTULO 3

3.1 A EVOLUÇÃO DA LEI DO DIVÓRCIO

Para ter-se melhor entendimento sobre a evolução da lei do divórcio é importante esclarecer como era o Divórcio em meados de 1932 explicado por Luiz da Cunha Gonçalves, como segue:

“O casamento dissolve-se: 1.º Pela morte de um dos cônjuges; 2.º Pelo divórcio. Claro é que o legislador só considerou como causas de dissolução os factos que põem termo a um casamento válido, sem retroactividade e somente para o futuro. Por isso, não é de estranhar que, neste artigo, não haja incluído a *anulação do matrimónio*; pois é evidente que não há que *dissolver* o que, legalmente, não chegará a constituir vínculo jurídico. [...] A dissolução do matrimónio consiste, em rigor, na liberdade do cônjuge sobrevivente, no caso de morte, ou de ambos os cônjuges, no caso de divórcio, para contraírem novo matrimónio, se ainda tiverem quem lhes queira ligar os seus destinos; e em se readquirir a capacidade de dispor livremente dos respectivos bens”¹¹⁸.

Mister e necessário o entendimento de quais as características do direito do Divórcio.

Nesta seara, Antunes Varela ensina sobre o Direito Potestativo, que “é o poder conferido a determinadas pessoas de introduzirem uma modificação na esfera jurídica de outra pessoa – criando, modificando ou extinguindo direitos – sem cooperação.”¹¹⁹

A continuar o seu ensinamento, Jorge Pais do Amaral¹²⁰, completa:

“Ao propor a acção de divórcio, o autor está a exercer um direito potestativo que tem como consequência jurídica a extinção da relação matrimonial [...]. Sendo o casamento a base da família e tendo requisitos como a celebração que é um ato obrigatório para que, após tal união, pessoas vivam juntas e o que se espera, é que seja uma caminhada contínua, perpétua e feliz, que procriem e formem uma entidade familiar salutar.”

Entretanto, como toda regra tem sua exceção, a descontinuidade do casamento requer procedimentos formais que envolvem, além de guarda dos filhos, partilha de bens, dentre outros.

¹¹⁸ GONÇALVES, Luís da Cunha – **Tratado de Direito Civil em comentário ao Código Civil Português**. Volume VI, Editora: Coimbra, 1932. pp. 5-6.

¹¹⁹ VARELA, Antunes – **Das Obrigações em Geral**. 2ª ed., Coimbra. Editora: Coimbra, 1945. p.45.

¹²⁰ AMARAL, Jorge Pais de – **Do Casamento ao Divórcio**. 1ª ed., Editora: Arco-íris, Lisboa, 1999. p.16. ISBN 972-762-049-3

Quando surge o período pré dissolução matrimonial há perguntas implícitas dos cônjuges que somente os próprios podem responder, mas procuram o acalento e conselhos, seja com familiares, seja com amigos, e, muitas vezes, com profissionais do direito, onde poderão ser levadas à pauta todas as dúvidas para a tomada de decisão.

Sustentava Dolto¹²¹ que “o divórcio é tão honroso quanto o casamento”, e que ambos devem ser elevados com níveis de compreensão para que haja respeito acima de tudo com sua prole.

Porém, muitas vezes surgem questionamentos difíceis de ser solucionados de forma objetiva e certamente sofrerão os filhos do divórcio conforme segue:

“Uma das interrogações mais frequentes, e que surge sempre e logo que se fala em separação, é aquela que envolve saber se vale mais um mau casamento ou bom um divórcio.

A resposta é complexa e difícil e, certamente, muito diferente se for do domínio teórico ou de carácter meramente prático. Mesmo se a pergunta for puramente teórico, é necessário saber o que é na realidade um mau casamento e o que será, afinal, chamado um bom divórcio.

Quase não pode afirmar-se que, em rigor, não há resposta, porque todos os casos são diferentes e cada caso é totalmente único.

Por outro lado, um casamento onde a comunicação não existe, ou não flui, é um casamento morto, cuja comunicação <<morta>> é um permanente veneno no quotidiano dos filhos. Talvez as consequências se não tornem aparentes precocemente. O que é certo é que esse desejo morto fará certamente o seu caminho. Ele irá instalar e tornar perenes modelos de interacção comportamental entre as pessoas, tendendo a levar essa infelicidade, presente na geração dos pais, à geração dos filhos, quando for a sua vez de formarem família”¹²².

Devido ao direito se tratar de uma ciência, insta salientar sua necessidade de acompanhar as alterações das leis e dioturnamente complementá-las para acompanhar a sociedade em seus mais diversos anseios. Com isso, é mister evidenciar que a lei evoluiu com o passar dos tempos devido a essas necessidades.

Exemplo latente é a lei do divórcio, na qual se constatam alterações pertinentes.

“Devemos precaver-nos contra esta impressão errônea. A despeito da admissibilidade do divórcio a partir do Decreto de 3 de novembro de 1910, o casamento continua sendo na sua essência um contrato perpétuo; o casamento é realizado para toda a vida, não é realizado a termo final ou extintivo, para produzir efeitos só dentro dum determinado período de tempo como um contrato de arrendamento ou de emprazamento.

É, portanto, do conteúdo do contrato de casamento a sua perpetuidade; a união dos esposos, mesmo em face da lei civil, é contratada para toda a vida; simplesmente – e isso não prejudica a perpetuidade como elemento da essência do casamento – a lei permite que em determinadas condições ou por determinados factos possa ser

¹²¹ DOLTO, Françoise – **Quando os pais se separam**. Ed. Seuil, Paris, 1998, p. 26.

¹²² *Idem - Ibidem*

ulteriormente decretada a dissolução do vínculo matrimonial ainda em vida dos cônjuges. A perpetuidade só desapareceria se porventura o casamento fosse estipulado por um prazo determinado mais ou menos longo. É o erro em que parece ter caído o próprio legislador e em que vulgarmente se cai mas em resultado de simples inadvertência¹²³.

3.2 O DIVÓRCIO NO BRASIL

O Brasil, à semelhança de Portugal, durante um vasto período de sua história, desconheceu a ideia de separação entre Estado e Igreja, isto é, não se constituía em um Estado laico. Por esse motivo, igualmente ao que ocorria em terras lusas, por muito tempo regulou a matéria do casamento e da sua dissolução com base nas leis canônicas, promanadas da Igreja Católica.

Até o ano de 1822, quando teve início o seu processo de independência política frente a Portugal, o Brasil, sequer existia como nação autônoma, sendo antes um apêndice do Império Português. As leis que vigoravam neste vasto território eram, portanto, as mesmas do Reino.

Não é difícil concluir, por esse motivo, que as disposições legais referentes ao instituto do matrimônio vigentes no Brasil de então eram idênticas às de além-mar.

Mesmo após ocorrer a sua independência política de Portugal, o Brasil permaneceu por quase um século a utilizar-se das disposições contidas nas Ordenações do Reino para regular assuntos pertinentes ao Direito Civil. Somente no ano de 1917 estas seriam definitivamente revogadas em terras brasileiras, com o advento do primeiro Código Civil que a história do Brasil registra.

“Apesar das várias tentativas de reforma, as Ordenações vigoraram em Portugal até o advento do Código Civil de 1867, e no Brasil até nosso Código de 1917. Elas são, pois, o monumento legislativo com maior vigência, tanto em Portugal quanto em nosso país¹²⁴.

Conforme analisado anteriormente, as Ordenações do Reino estatuíam a necessidade de adequação da legislação estatal às leis da Igreja e ao magistério eclesiástico em matéria de moral e costumes. Portanto, tanto no Brasil quanto em Portugal, enquanto vigorou esta legislação, nenhuma disposição legal poderia contrariar a concepção de casamento enquanto

¹²³ LOURENÇO, José– **Direito de Família**. Lisboa, 1935. p. 18.

¹²⁴ VELASCO, Ignácio M. Poveda – **Ordenações do Reino de Portugal**. [Em linha]. São Paulo. [Consult. 06 Abr. 2019]. Disponível em <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67236/69846>. p. 24.

sacramento com efeitos perpétuos, monogâmico e indissolúvel, só rompido pela morte de um dos cônjuges.

Cumprе acrescentar o facto de que a própria Constituição Imperial determinava a não-separação entre Estado e Igreja no Brasil. Sendo a própria instituição eclesiástica responsável pelos “registos civis” (de batismo, casamento e óbito) naquele Estado confessional, é de se esperar que fosse o matrimónio ministrado conforme manda a Igreja Católica, e que a sua dissolução por meio do divórcio fosse uma completa impossibilidade.

No ano de 1889, porém, um golpe de Estado derrubou o regime monárquico e estabeleceu no Brasil a República, regime este que teve como uma de suas primeiras medidas a decretação da separação entre Igreja e Estado. Muito embora a república tivesse tornado o Estado laico pouca coisa mudou em matéria de legislação civil. Continuaram a vigorar as Ordenações do Reino, e o decreto republicano que estabelecera o casamento civil manteve intacta a concepção anterior a respeito do matrimónio como indissolúvel, permitindo, no máximo, a separação de corpos à maneira canónica, já estudada anteriormente:

“Desde 1890, quando o Decreto Republicano nº 181, estabeleceu o casamento no Brasil, essa legalidade já “previa o divórcio *a thoro et mensa* (divórcio canónico) que acarretava somente a separação de corpos.”¹²⁵

Em 1917 entrou em vigor o primeiro Código Civil Brasileiro, pondo fim assim à grande era de vigência das Ordenações do Reino em matéria de Direito Civil. O Código Civil de então continuara fiel ao ideal cristão de matrimónio indissolúvel, muito embora acolhesse de forma inteira a ideia de casamento civil, dissociada da ideia de matrimónio enquanto sacramento.

Entretanto, para aquele diploma legal, à semelhança do que ocorria em Portugal quando da edição do Código de Seabra, o casamento continuava a ter o carácter de contrato perpétuo só dissolvível mediante a morte de um dos cônjuges, ressalvada a possibilidade de nulidade quando sua celebração fosse eivada de vícios específicos.

Alguns autores entendem que o Código Civil de então mantinha-se fiel à lógica patrimonialista que regia o direito de família da época. Era importante que o casamento fosse um vínculo perpétuo entre os cônjuges para que o patrimônio se transmitisse de forma segura

¹²⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto – **Direito Civil Brasileiro, Direito de Família**. v. 8, ed. rev. e atual.; São Paulo: Saraiva, 2011, p. 203.

entre as gerações. A dissolução do vínculo conjugal, com a consequente partilha dos bens, também representaria um passo decisivo para a dissolução do patrimônio familiar, o qual deveria permanecer intacto como a própria família.

“A disciplina jurídica do Código Civil, pela qual a tutela dos filhos estava vinculada à espécie de relação pré-existente entre seus pais, respondia a uma lógica patrimonialista bem definida. Em primeiro lugar, os bens deveriam ser concentrados e contidos na esfera da família legítima, assegurando-se a sua perpetuação na linha consanguínea, como que resguardados pelos laços de sangue. Em seguida, e em consequência, por atrair o monopólio da proteção estatal à família, o casamento representava um valor em si, identificava-se com a noção de família (legítima), de sorte que a sua manutenção deveria ser preservada a todo custo, mesmo quando o preço da paz (formal) doméstica fosse o sacrifício individual de seus membros, em particular da mulher e dos filhos sob o *pátrio poder*”¹²⁶.

Anos mais tarde a lei brasileira mitigou de forma branda o rígido princípio da indissolubilidade conjugal, a criar a figura do *desquite*. Este tinha o condão de pôr fim às obrigações mútuas entre os cônjuges, inclusive deveres matrimoniais como os de fidelidade recíproca, além de terminar o regime de bens vigente no casamento, a possibilitar a sua partilha entre os cônjuges separados. No entanto, não rompia o vínculo conjugal e, portanto, não permitia que fosse contraído novo casamento.

Assim, previa o desquite:

“Apenas o término da sociedade conjugal, a exemplo das ações de desquite amigável, ou desquite judicial que envolvia crimes de adultério, tentativa contra a vida do outro cônjuge, sevícia, injúria grave, ou ainda, pelo abandono voluntário do lar conjugal durante dois anos contínuos, não permitiam que as partes contraíssem outro novo casamento”¹²⁷.

Durante três quartos do século XX o Brasil permaneceu fiel à ideia da indissolubilidade conjugal, admitindo, no máximo, o instituto do desquite que não se diferenciava da já conhecida separação de corpos, a qual rompe a sociedade conjugal e a convivência entre o casal, sem contudo dissolver o casamento e permitir novas núpcias.

Mas, as transformações no comportamento e nos ideais de vida da população brasileira em geral, sobretudo nas classes mais favorecidas economicamente, reclamaram mudanças nesse paradigma.

¹²⁶ TEPEDINO, Gustavo - A disciplina jurídica da filiação na perspectiva civil-constitucional. In: Pereira, Rodrigo da Cunha. **Direito de Família Contemporâneo**. Belo Horizonte Editora: Del Rey, 1997. p. 548.

¹²⁷ ALEGRIA, A.; VETORE NETO, H. – **Considerações acerca da Evolução Social e Legal do Divórcio no Brasil e a Interpretação Doutrinária à Emenda Constitucional nº 66 de 2010**. Revistas Hórus, 2013. v.8. nº 2. pp. 29-46.

Somente no ano de 1977 o Brasil viria a pôr em vigor um diploma legal que autorizava o divórcio. A partir daí, qualquer casamento civil passava a ser passível de dissolução em terras brasileiras, uma vez cumpridos os requisitos exigidos por lei. Esses requisitos, é bom que se diga, eram bastante restritivos.

Essa mudança na lei só foi possível com a prévia emenda à constituição então vigente, que inadmitia a possibilidade de dissolução do casamento. Tratava-se da Emenda Constitucional nº 9, a qual viria a ser regulamentada posteriormente:

“A Emenda Constitucional que instituiu o divórcio no Brasil alterou a redação do § 1º do artigo 175 da Constituição Federal de 1967, autorizando a dissolução do casamento, desde que, houvesse prévia separação judicial por mais de três anos, ou a separação de fato, devidamente comprovada em Juízo, pelo prazo de cinco anos”¹²⁸.

Após tal emenda constitucional foi possível ao ordenamento jurídico brasileiro da época possuir uma lei ordinária a disciplinar o instituto do divórcio, até então inexistente no país. Isso se deu com a regulamentação da dita emenda, o que foi feito por meio da Lei n. 6.515/77 a qual se tornou popularmente conhecida como “Lei do Divórcio”¹²⁹.

A Lei do Divórcio acabou com a figura do desquite, que foi substituída pelo instituto da separação judicial. A separação judicial continuava a ser um meio de dissolução da sociedade conjugal, à maneira da antiga separação de corpos, sem dissolver o vínculo conjugal e permitir um novo casamento.

Mas agora era possível dissolver também o vínculo conjugal por outros meios que não a morte de um dos cônjuges ou a simples anulação do contrato matrimonial. A lei passava a admitir o divórcio, mediante a conversão da separação judicial, desde que respeitado o prazo legal de três anos de separação judicial, ou o prazo de cinco anos, no caso das separações de fato – sem prévia ação de separação judicial – anteriores à data de 28 de junho de 1977¹³⁰.

Outra peculiaridade das disposições sobre o divórcio contidas na lei em comento era o facto de que só era permitida a formulação de pedido de divórcio uma única vez, de modo que, caso uma pessoa divorciada se casasse novamente, este segundo casamento se tornava

¹²⁸ *Idem - Ibidem*

¹²⁹ DINIZ, Carine Silva – **O Divórcio e a Legislação Brasileira**. [Em linha]. Belo Horizonte. [Consult. 28 Jul. 2019]. Disponível em: <http://www.aopmbm.org.br/juridico/artigos-e-materias/410-o-divorcio-e-a-legislacao-brasileira>.

¹³⁰ ALEGRIA, A; VETORE NETO, H – **Considerações acerca da Evolução Social e Legal do Divórcio no Brasil e a Interpretação Doutrinária à Emenda Constitucional nº 66 de 2010**. *Revistas Hórus*, 2013, v.8, nº 2, p. 36.

indissolúvel aos olhos da lei. Pessoa solteira que contraísse matrimônio com uma pessoa divorciada, portanto, ficaria impedida de divorciar-se, o que feria o princípio da igualdade¹³¹.

Percebe-se a resistência por parte do legislador à ideia de dissolução do vínculo conjugal nos termos da lei em análise, cujas regras restritivas quanto à concessão do divórcio bem como a impossibilidade de novos divórcios espelham uma postura refratária às mudanças sociais que o divórcio traria. Possivelmente tal resistência indicava uma divisão no seio de uma sociedade que ao mesmo tempo reclamava a possibilidade de rompimento do vínculo conjugal, mas, por outro lado, repelia tais mudanças nos costumes.

Anos depois, a promulgação da Constituição Federal de 1988, além de encerrar o ciclo do regime de exceção que a antecederia, representou profundas mudanças no seio do Direito Civil brasileiro. A nova Carta Magna sintonizou o Brasil com a tendência, verificável em várias partes do globo, de “constitucionalização do Direito Privado”, ou seja, de harmonização desse ramo do direito com os princípios constitucionais cardeais.

“O Direito de Família, importante ramo do Direito Privado, passou a receber regulamentação do Direito Constitucional, como se pode observar. Regras e princípios constitucionais cogentes passaram a regular as relações de família, em um fenômeno conhecido como constitucionalização do Direito de Família. Essa constitucionalização, na verdade, ocorreu no Direito Privado como um todo, de modo que Estado passou a intervir em matérias que eram deixadas ao arbítrio privado. A importância dessa constitucionalização se dá porque enseja uma mudança de perspectivas: dos tradicionais Códigos, que resguardavam valores liberais do século XIX, à Constituição, que estimula a transformação da sociedade”¹³².

A nova Constituição rompeu com o paradigma patrimonialista que orientava o Direito Civil até então, a inaugurar uma nova concepção a respeito da família que muitos doutrinadores vêm chamando de “família socioafetiva”. Nessa nova concepção, importa sobretudo proteger os laços de afeto que unem os componentes da família, em vez de primar pela subsistência dos vínculos familiares e conjugais (dentro de um modelo matrimonial engessado) a qualquer custo.

Assim, a nova Carta Magna tornou possível o reconhecimento legal de modelos de arranjos familiares informais, bem como deu nova dignidade ao divórcio. Destarte, pode-se ler no art. 226 da referida Lei Maior.

¹³¹ *Idem - Ibidem*

¹³² HOLANDA, Caroline Sátiro de – **A Natureza Jurídica da União Homo afetiva**. Fortaleza, Unifor, 2005, s/d. pp. 5-6.

Como segue:

“Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§1º. O casamento é civil e gratuito a celebração.

§2º. O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.

§3º. Para efeito de 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.

§4º. Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

§5º. Os direito e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

§6º. O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, após prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei, ou comprovada separação de fato por mais de dois anos.

§7º. Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

§8º. O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integra, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações”¹³³.

Com muitas mudanças de paradigmas, possibilitada pelo advento da Constituição da República de 1988, logo a posição do legislador frente ao instituto do divórcio começou a mudar em consonância com o espírito da Carta Magna. Assim, em 1989, um ano após o advento da nova Carta, foi editada a Lei n. 7.841. Esta lei acabou com o limite de um único pedido de divórcio por pessoa, além de reduzir prazos para a conversão da separação em divórcio (um ano após a decretação da separação judicial, ou dois anos nos casos de separação de fato)¹³⁴.

Após a Constituição de 1988 e a Lei n. 7.841, portanto, a legislação brasileira seguiu admitindo duas formas de divórcio: uma delas era o indireto, que era pleiteado mediante a conversão da separação judicial; a outra modalidade era o divórcio direto, após separação de facto. Apenas os prazos foram alterados.

No ano de 2002 nova e relevante mudança se produziria no âmbito do direito civil brasileiro; a promulgação de um novo Código Civil que revogara o anterior, do ano de 1916, já há muito reputado ultrapassado pela sociedade brasileira. No tocante do instituto do divórcio, entretanto, o novo diploma civil, ao menos em sua redação original, pouco acrescentou em termos de novidade para a disciplina do instituto.

¹³³ MEDINA, José Miguel Garcia - **Constituição da República Federativa do Brasil Comentada**. Editora: Revistas dos Tribunais, 2016. p. 486. ISBN 978-85-203-4675-4

¹³⁴ ALEGRIA, A; VETORE NETO, H – **Considerações acerca da Evolução Social e Legal do Divórcio no Brasil e a Interpretação Doutrinária à Emenda Constitucional nº 66 de 2010**. Revistas Hórus, 2013, v.8, nº 2, p. 36.

O Código Civil de 2002, em sua origem, permaneceu fiel à sistemática inaugurada após a CF/88, mantendo as duas modalidades de divórcio antes existentes: direto e indireto. No caso do primeiro tipo, bastaria que se comprovasse a separação de facto pelo prazo de dois anos; o segundo tipo corresponde à conversão da separação judicial, após o prazo de um ano de sua decretação. Assim, podia-se ler no seu art. 1.580:

“Art. 1.580. Decorrido um ano do trânsito em julgado da sentença que houver decretado a separação judicial, ou da decisão concessiva da medida cautelar de separação de corpos, qualquer das partes poderá requerer sua conversão em divórcio.

§ 1º A conversão em divórcio da separação judicial dos cônjuges será decretada por sentença, da qual não constará referência à causa que a determinou.

§ 2º O divórcio poderá ser requerido, por um ou por ambos os cônjuges, no caso de comprovada separação de fato por mais de dois anos”¹³⁵.

A redação original desse diploma também se manteve atrelada à necessidade de demonstração de culpa por parte de um dos cônjuges na violação de deveres conjugais ou de causas objetivas que obstaculizassem a vida em comum, para que, mediante a decretação da separação judicial, fosse concedido o divórcio. Destarte, determinava a lei em comento:

“Art. 1.573

Podem caracterizar a impossibilidade da comunhão de vida a ocorrência de algum dos seguintes motivos:

I - adultério;

II - tentativa de morte;

III - sevícia ou injúria grave;

IV - abandono voluntário do lar conjugal, durante um ano contínuo;

V - condenação por crime infamante;

VI - conduta desonrosa.

Parágrafo único. O juiz poderá considerar outros fatos que tornem evidente a impossibilidade da vida em comum”¹³⁶.

“A superveniência de doença mental grave que impedisse a vida em comum, quando se revelasse de cura improvável no decurso do prazo de dois anos (parágrafo 2º do art. 1.572), também figurava como causa objetiva a autorizar a separação judicial com posterior conversão em divórcio¹³⁷.”

Dada a persistência da sistemática pela qual a demonstração de culpa de um dos cônjuges era requisito para pleitear-se a separação judicial conforme o caso, tem-se que a mesma poderia ser consensual ou litigiosa, cabendo tal demonstração neste segundo caso. Quando fosse consensual, o legislador limitou a sua concessão às hipóteses em que o

¹³⁵ NERY, Nelson – **Código Civil Brasileiro Comentado**. 10ª ed. Editora: Revista dos Tribunais, 2013. ISBN 978-85-203-40701-0. p. 671.

¹³⁶ *Idem - Ibidem*

¹³⁷ *Idem - Ibidem*

casamento existisse há mais de um ano, e apenas se tal concessão não ferisse os direitos dos filhos ou de um dos cônjuges¹³⁸.

No ano de 2007, porém, ocorreu uma mudança bastante significativa no que se refere à simplificação dos processos de divórcio no Brasil, edição da Lei n. 11.441/2007, a qual determinou a possibilidade do divórcio consensual (ou separação consensual) ser requerido pela via extrajudicial mediante escritura pública lavrada em cartório. Assim, em se tratando de consenso quanto ao fim da relação por parte dos casais, poder-se-ia extinguir o vínculo matrimonial sem a necessidade da jurisdição contenciosa, a utilizar-se apenas da via administrativa uma vez que não haveria litígio a ser apreciado em tais casos.

É notória a semelhança entre tais disposições e aquelas também introduzidas no direito português, já analisadas, pelas quais passou a ser possível em terras lusas o divórcio perante os conservadores do registo civil. Percebe-se aí que, nesse mister, ambos os países seguiram tendências comuns tendo por meta a progressiva simplificação dos processos de dissolução conjugal.

A lei em comento apenas alterou um dispositivo da anterior legislação processual civil, o qual passou a vigorar com o seguinte texto:

“Art. 1.124-A. A separação consensual e o divórcio consensual, não havendo filhos menores ou incapazes do casal e observados os requisitos legais quanto aos prazos, poderão ser realizados por escritura pública, da qual constarão as disposições relativas à descrição e à partilha dos bens comuns e à pensão alimentícia e, ainda, ao acordo quanto à retomada pelo cônjuge de seu nome de solteiro ou à manutenção do nome adotado quando se deu o casamento.

§ 1º A escritura não depende de homologação judicial e constitui título hábil para o registro civil e o registro de imóveis.

§ 2º O tabelião somente lavrará a escritura se os contratantes estiverem assistidos por advogado comum ou advogados de cada um deles, cuja qualificação e assinatura constarão do ato notarial.

§ 3º A escritura e demais atos notariais serão gratuitos àqueles que se declararem pobres sob as penas da lei”¹³⁹.

A lei em causa representou uma simplificação sem pares do processo de divórcio ou separação judicial consensuais, como se pode perceber. Mas ela manteve intactos os prazos constitucionais de um e dois anos, para o divórcio por conversão ou o direto, respectivamente.

¹³⁸ *Idem - Ibidem*

¹³⁹ THEODORO, Humberto - **Código de Processo Civil Anotado**. 20ª ed. Editora Forense, 2012, ISBN 978-85-309-6801-4. p. 491.

Em 2010, um passo a mais seria dado no sentido da facilitação da dissolução das uniões conjugais, de forma igualmente inédita no ordenamento jurídico brasileiro: trata-se do advento da Emenda Constitucional nº 66, logo apelidada de “emenda do divórcio”.

Esta emenda constitucional modificou o já analisado parágrafo 6º do art. 226 da CF/1988¹⁴⁰, que a partir de então passou a vigorar com a simples redação: "o casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio".

A Emenda do Divórcio, portanto, eliminou da redação constitucional a menção aos prazos para a concessão de divórcio; de dois anos para a separação de facto, ou de um ano no caso da separação judicial.

Essa simples alteração provocou completa reviravolta na sistemática pertinente ao divórcio no Brasil. Embora a doutrina não seja completamente pacificada a respeito ganhou considerável espaço o entendimento de que, com tal mudança no texto constitucional, implicou revogação de todos os dispositivos referentes à separação, quer judicial, quer extrajudicial (requerida em cartório). Seria o fim completo do instituto da separação na prática, pois que se tornara inútil ante a possibilidade de requisição do divórcio direto e sem exigência de prazos.

Aliás, não só o fim dos prazos seria uma outra consequência da dita emenda; a revogação de quaisquer dispositivos que exijam a demonstração de culpa por parte de um dos cônjuges para a concessão do divórcio mediante separação também o seria. A Lei n. 11.441/07 já havia feito isso para os casos da separação por via administrativa. Agora a norma valeria para todos os casos.

“A Emenda Constitucional 66/10, promovendo considerável mudança valorativa no sistema jurídico divorcista, facilitou ainda mais a obtenção do divórcio. É que, além de colocar pá de cal sobre o instituto da separação, veio a abolir qualquer exigência de lapso temporal para o divórcio. Foi estabelecido que o requisito único a ser exigido para o divórcio é o ‘desafeto’, a falta de vontade de permanecer casado [...], independentemente de qualquer lapso temporal. Seguramente, andou bem o constituinte derivado, afinal para o divórcio qualquer outra indagação é especiosa e encontra-se na contramão da história do Direito das Famílias, que conspira, cada vez mais, para o respeito amplo à dignidade da pessoa humana”¹⁴¹.

A Emenda do Divórcio também tornou inócua, segundo tal entendimento, a distinção entre divórcio direto e indireto, vez que agora a separação judicial deixa de ser um requisito

¹⁴⁰ *Idem - Ibidem*

¹⁴¹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson – **Curso de Direito Civil**. São Paulo, Editora: Jvs Podium: 2012, p. 433.

para a sua concessão. Subsiste, porém, a distinção entre divórcio consensual e litigioso, mas, neste último caso, a demanda não versará sobre a “culpa” de um dos cônjuges, podendo versar sobre outras questões, como a divisão de bens ou a guarda dos filhos, por exemplo¹⁴².

Os autores em causa entendem que, doravante, o divórcio passou a ser direito potestativo de uma das partes na sociedade conjugal. Bastaria a mera vontade de uma delas em romper o vínculo conjugal para que a concessão do divórcio fosse possível. Pode-se dizer que, à semelhança do que fora dito em Portugal quando do advento do divórcio unilateral por aquelas terras, tais mudanças transformaram o divórcio, também no Brasil, numa modalidade de repúdio, tal como se usava nas antigas civilizações.

Há quem recuse. Tal entendimento não é recepcionado unanimemente; alguns entendem que, em vez de revogação tácita do instituto da separação judicial, o que houve foi a sua transformação em algo facultativo, quando antes era um requisito para o divórcio em certos casos.

Pode-se argumentar que é um direito do casal simplesmente separar-se, sem contudo apelar diretamente para o divórcio (por motivos religiosos, ou simplesmente pelo desejo de manter aberta a possibilidade para a reconciliação, por exemplo), o que é um argumento totalmente legítimo. Entretanto, conforme observam Farias e Rosenvald, a mera separação de facto cumpriria bem esse papel, fazendo cessar a coabitação, mas sem a necessidade de acionar a Justiça para tanto. Ante tal argumento, fica ainda mais difícil encontrar aplicabilidade para o instituto da separação judicial, nos dias atuais, em terras brasileiras.

É surpreendente observar como Portugal e Brasil percorreram trajetórias que, embora diferentes, desembocaram num tratamento legal quase idêntico ao instituto do divórcio: em Portugal o instituto é centenário, e nesses mais de cem anos em que tem vigorado, jamais foi revogado por lá; enquanto isso, no Brasil ele possui pouco mais que quarenta anos. Entretanto, nessas últimas quatro décadas os dois países passaram por transformações significativas e profundas nesta seara, em ambos os casos, a caminhar sempre na direção de uma maior facilitação e simplificação nos processos de dissolução do vínculo conjugal.

Digno de nota é o facto de que, nesses últimos quarenta e poucos anos, ambos os países saíram de situações em que o divórcio, ou era uma completa impossibilidade (caso do Brasil), ou uma possibilidade mitigada por uma série de restrições (caso de Portugal, a partir

¹⁴² *Idem - Ibidem*

do salazarismo). Igualmente digno de nota é o facto de ambos terem hoje legislações em tudo semelhantes, em matéria de permissividade e simplicidade na concessão de divórcios, onde o interesse individual dos cônjuges prevalece sobre o ideal de família estável e indissolúvel, que vigorou no passado.

Tais mudanças espelham profundas transformações na cultura e nos valores de ambas sociedades, quais sejam, Portugal e Brasil, pois as duas seguem fluindo numa mesma direção.

Após analisar as tendências é de se esperar que as mesmas devam ser desconsideradas ou extintas nos próximos anos.

3.2.1 Emenda Constitucional nº 66/2010: a desnecessidade do apontamento da Culpa dos cônjuges

Os benefícios trazidos pela Constituição da República de 1988, seja em relação a facilidade para dissolução da sociedade conjugal, seja pelos novos princípios do direito de família, não impediram que o Instituto Brasileiro de Direito de Família buscasse as vias legais para facilitar ainda mais o divórcio no Brasil.

Desse objetivo nasceu a Proposta de Emenda Constitucional do Deputado Sérgio Barradas Carneiro, que culminou na Emenda Constitucional de nº 66/2010, e alterou o artigo 226 § 6º, que passou a vigorar com a seguinte redação: “§ 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio”¹⁴³.

A publicação da Emenda Constitucional nº. 66/2010 trouxe significativas mudanças nos procedimentos necessários que um casal deveria adotar quando optasse por dissolver sua sociedade conjugal.

A nova emenda, além de acabar com o sistema binário da separação obrigatória e posterior divórcio para por fim ao casamento, respeitou e valorizou a vontade daqueles que, frustrada a vida em comum, resolvessem findar o vínculo.

¹⁴³ MEDINA, José Miguel Garcia - **Constituição da República Federativa do Brasil Comentada**. Editora: Revistas dos Tribunais, 2013. ISBN 978-85-203-4675-4.

Ainda que inegáveis sejam os benefícios trazidos pela emenda constitucional de nº. 66/2010, seu texto simples provocou discussões e as opiniões divergiram quanto às possibilidades que se abririam diante da nova realidade jurídica.

A partir desta importante emenda constitucional, questões processuais relevantes passaram a ser discutidas; dentre elas, destaca-se a permanência ou não da ação de separação no ordenamento jurídico e a possibilidade de discussão da culpa, essa, dividindo opiniões entre os doutrinadores e operadores do direito.

Com a emenda constitucional de nº 66/2010, que entrou em vigor no ato de sua publicação, a maior parte da doutrina se posicionou no sentido de o instituto jurídico da separação, judicial ou extrajudicial, ter sido extinta do ordenamento jurídico brasileiro, assim como incabível a discussão da culpa, por estar prevista no curso desta ação.

A extinção da ação de separação é fundamentada, principalmente, com fulcro na retirada da palavra “separação” da Constituição da República. Não havendo mais previsão na Lei Maior, tornou-se, conforme defende a doutrina majoritária, juridicamente impossível; e as ações de separação, por sua vez, perderam seu objeto.

Neste sentido, Rodrigo da Cunha Pereira aduz que “o argumento finalístico é que a Constituição extirpou totalmente de seu corpo normativo a única referência que se fazia à separação judicial”¹⁴⁴, e ainda aduz que EC 66/2010 “eliminou a possibilidade de processamento e julgamento de fatos que causaram o fim do casamento. Nenhuma das partes precisa mais abrir sua intimidade ao Estado ou esperar um ou dois anos para requerer o divórcio. As possibilidades procrastinatórias eram tantas que serviam de uso para castigar aquele que pediu o fim da relação”¹⁴⁵.

Na mesma direção, Maria Berenice Dias leciona:

“A partir de 14 de julho de 2010, o pedido de separação judicial tornou-se juridicamente impossível. A novidade atinge todos os processos em andamento. As ações de separação perderam o objeto por impossibilidade jurídica do pedido”¹⁴⁶.

¹⁴⁴ PEREIRA, Rodrigo da Cunha – A Emenda Constitucional nº 66/2010: semelhanças, diferenças e utilidades entre Separação e Divórcio e o Direito Intertemporal, *In Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*, nº 17 (agosto-setembro). Porto Alegre-Belo Horizonte. Editora: Magister-IBDFAN, 2010.

¹⁴⁵ PEREIRA, Rodrigo da Cunha - **Dicionário de direito de família e sucessões: ilustrado**. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 252.

¹⁴⁶ DIAS, Maria Berenice – *In. Divórcio Já!: comentários à emenda constitucional 66 de 13 de junho de 2010*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

A considerar a impossibilidade jurídica do pedido, novas ações de separação não puderam ser propostas, sob pena de indeferimento. Os separados se mantêm neste estado civil a depender do pedido de divórcio para por fim ao casamento. Já as ações em andamento deveriam ter seus pedidos adaptados, de acordo com o juiz de direito Pablo Stolze Gagliano:

“Deverá o juiz oportunizar à parte autora (no procedimento contencioso) ou aos interessados (no procedimento de jurisdição voluntária), mediante concessão de prazo, a adaptação do seu pedido ao novo sistema constitucional, convertendo-o em requerimento de divórcio”¹⁴⁷.

Gagliano segue lecionando e exemplificando com um Recurso Especial:

“Em 5 de dezembro de 2002, o Superior Tribunal de Justiça julgou o Resp. 467.184 de São Paulo, atuando como relator o Min. Ruy Rosado de Aguiar, tendo assentado que, em sede de separação, “evidenciada a insuportabilidade da vida em comum, e manifestado por ambos os cônjuges, pela ação e reconvenção, o propósito de se separarem, o mais conveniente é reconhecer esse fato e decretar a separação, sem imputação da causa a qualquer das partes”.

Esse acordão, proferido em uma época em que sequer estava em vigor o Código Civil de 2002 (que só passou a vigorar em janeiro de 2003), sempre nos chamou a atenção.

Isso porque, como se pode notar, os ministros devretaram a separação do casal, desconsiderando a exigência legal no sentido de se imputar causa para o fim da sociedade conjugal (violação de dever conjugal ou cometimento de conduta desonrosa), atendendo-se, simplesmente, ao *desamor* para o fim de dissolução a sociedade conjugal”¹⁴⁸.

Outros argumentos, os mais diversos, são utilizados pela doutrina majoritária, a fim de justificar o fim do instituto da separação. São interpretações históricas, sistemáticas, teleológicas, entre outras que buscam sempre associar a manutenção da separação como retrocesso social e permanência da intervenção estatal na intimidade da vida privada, uma vez considerada a permanência da separação à discussão da culpa.

A exposição de motivos da nova ordem constitucional defende o fim da discussão da culpa, por não existir interesse público neste sentido. Assim, o fim da separação, conseqüentemente, acarretaria o fim da discussão da culpa.

Sendo permitido o divórcio direto, alega a doutrina majoritária não haver sentido em manter um instituto que causa tanto desgaste, especialmente, por ter a discussão da culpa como um de seus ônus.

José Fernando Simão dispõe:

¹⁴⁷ Gagliano, Pablo Stolze – **Novo Curso de Direito Civil – Direito de Família**. Editora: Saraiva, 2019. p. 548. ISBN 978-85-53603-04-6

¹⁴⁸ *Idem – Ibidem*

“Com a mudança constitucional e o desaparecimento do instituto da separação de direito, o divórcio será, ao lado da morte e da invalidez, a forma de se chegar ao fim do casamento (o que inclui o vínculo e a sociedade conjugal) e ele se dará de duas formas possíveis: divórcio consensual e divórcio litigioso. Na realidade, deve-se esclarecer que quando da extinção do casamento por divórcio será inadmissível o debate da culpa. Sim, inadmissível o debate da culpa por ser algo que apenas gera injustificada demora processual em se colocar fim ao vínculo”¹⁴⁹.

Em respeito ao princípio constitucional é incabível a discussão da culpa, que apenas pode causar desgaste na relação entre os cônjuges e, por vezes, acabar trazendo prejuízos não só a alguns dos indivíduos que compõem a família, mas a toda ela.

Nas palavras de Walsir Rodrigues e Dierle Nunes, temos:

“O único requisito para o divórcio, até a Emenda Constitucional nº 66, era o cumprimento do lapso temporal de mais de dois anos de separação de fato, para o divórcio direto e, de mais de um ano de separação judicial para o divórcio indireto. Assim, numa interpretação constitucionalmente adequada, não faz sentido ignorar a culpa no divórcio (que coloca fim ao casamento válido) e que, agora, sequer exige prazo ou condição para ser obtido, e admiti-la na separação judicial, que põe fim apenas a sociedade conjugal, mas mantém o vínculo conjugal”¹⁵⁰.

Por sua vez, o princípio da ruptura, ou da deterioração factual, funda-se na liberdade que os indivíduos devem ter para formar ou findar uma sociedade conjugal, não sendo permitido que terceiros, nem mesmo o Estado, interfira nestas decisões, inclusive impondo ônus e condições para possibilitar a separação.

A separação sem culpa não só é possível como passa ser um instituto jurídico e um procedimento mais simples, defende o processualista Elpídio Donizete:

“Retirada a culpa como motivo para dissolução da sociedade conjugal, o que não se discute, restaria a separação, como um instituto menos abrangente, mas ainda vigente, do qual poderiam lançar mão os cônjuges que não quisessem a ruptura definitiva do vínculo”¹⁵¹.

Uma parte minoritária da doutrina advoga pela manutenção da culpa, devendo essa minoria ser encarada mais propriamente, como opiniões isoladas.

Já o posicionamento de Flávio Tartuce:

¹⁴⁹ SIMÃO, José Fernando - **A PEC do Divórcio e a Culpa: Impossibilidade**. [Em Linha]. Belo Horizonte. [Consult. 10 Abr. 2019]. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=627>>

¹⁵⁰ NUNES, Dierle; RODRIGUES, Walsir Edson - **Emenda Constitucional nº 66 e A Possibilidade Jurídica do Pedido de Separação Judicial e de Separação Extrajudicial**. [Em Linha]. Belo Horizonte. [Consult. 10 Abr. 2019]. Disponível em <http://www.diritto.it/system/docs/30103/original/Walsir_Rodrigues_e_Dierle_Nunes_-_EMENDA_CONSTITUCIONAL_N%C2%BA_66_E_A_POSSIBILIDADE_JUR%C3%8DDICA_DO_PEDID_O_DE_SEPARA%C3%87%C3%83.pdf>

¹⁵¹ DONIZETE, Elpídio - **Curso didático de direito processual civil**. 15.^a ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 93.

“Juridicamente a culpa é conceito que persiste e que será mantido no Direito das Obrigações, no Direito Contratual e na Responsabilidade Civil. Deste modo, obviamente, a categoria deve ser preservada para extinguir os vínculos conjugais no Direito de Família. Entender o contrário fere o razoável e uma visão unitária do ordenamento jurídico privado. Eventuais argumentos históricos de conquistas não podem dar, ao Direito de Família, tal suposto privilégio. Aliás, fica a dúvida se afastar a culpa e conceber um modelo unitário é mesmo uma vantagem. Por fim, a existência de um modelo dual ou binário, com e sem culpa, atende melhor aos múltiplos anseios da sociedade pós-moderna, identificada pelo pluralismo e pela hipercomplexidade”¹⁵².

Observa-se a divergência no posicionamento, mas a verdade é que a lei é imperativa, tendo que os doutrinadores e operadores trilharem por caminho reto a fim de abarcar um bom resultado para que o divórcio seja célere e as partes terminem a relação matrimonial da forma menos traumatizante possível.

3.3 O DIVÓRCIO EM PORTUGAL

Conforme já exposto, o Código de Seabra trazia em seu bojo a possibilidade da separação de corpos para os casais em termos bastante semelhantes àqueles do Direito Canônico, incluindo a possibilidade de partilha de bens quando da adoção daquele expediente.

O Código Civil de Seabra (1867), em seu artigo 1204º, a propósito da separação de pessoas e bens, admitia como causas as seguintes situações:

- “1.º O adultério da mulher;
- 2.º O adultério do marido com escândalo público ou completo desamparo da mulher, ou com concubina teúda e manteúda no domicílio conjugal;
- 3.º A condenação do cônjuge a pena perpétua;
- 4.º As sevícias e injúrias graves”¹⁵³.

Contudo, nunca é demais reprimir, essa modalidade de separação não representava o fim da sociedade conjugal e a possibilidade de se contrair novo matrimônio, pois, à maneira da separação de corpos canônica, ela não dissolvia o vínculo conjugal, considerado perpétuo.

Este panorama se modificou por completo com a queda do regime monárquico e a ascensão da república em Portugal. Tão logo Portugal se tornou uma nação republicana, já em 1910, o Governo Provisório da República editara um decreto tornando admissível a

¹⁵² TARTUCE, Flávio - Debate: **A PEC do Divórcio e a Culpa: Possibilidade** - [Em Linha]. Belo Horizonte, [Consult. 10 Abr. 2019]. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=579>

¹⁵³ TARTUCE, Flávio – *Op. Cit.* p. 73.

dissolução do casamento pela via do divórcio. Fora esta a primeira vez que o ordenamento jurídico português adotou o instituto. Assim, dispunha o referido decreto:

“O divórcio autorizado por sentença passada em julgado, tem juridicamente os mesmos efeitos da dissolução por morte, quer pelo que respeita às pessoas e aos bens dos cônjuges, quer pelo que respeita à faculdade de contraírem novo e legítimo casamento”¹⁵⁴.

Outra importante inovação trazida pelo decreto em causa era o fim dos efeitos civis do casamento religioso. Se antes de 1867 o casamento religioso era o único considerado válido pela lei portuguesa, depois do advento do Código de Seabra ele se tornara uma alternativa, ao lado da nova modalidade: o casamento civil. Com a república, apenas o casamento civil passava a ter validade aos olhos da lei.

“A República acabou também com os efeitos civis do casamento religioso católico. Quem se casava pela igreja tinha, para efeitos legais, de se casar na Conservatória. Uma revolução dupla, já que a existência do casamento civil tinha apenas 43 anos - o dito fora introduzido pelo Código Civil de 1867, ainda em plena monarquia, tendo passado a existir dois tipos de casamentos em Portugal, o civil e o católico, que tinha efeitos legais. Até 1867, quem se queria casar só o poderia fazer pela Igreja Católica”¹⁵⁵.

No que respeita ao divórcio, o decreto em análise estabeleceu duas modalidades daquele instituto: o divórcio por mútuo consentimento e o divórcio litigioso. Em ambos os casos a lei em causa determinava critérios para que uma ou outra modalidade fosse pleiteada perante a Justiça. Autorizavam o pedido de divórcio litigioso as seguintes hipóteses:

- 1.^a O adultério da mulher;
- 2.^a O adultério do marido;
- 3.^a A condenação definitiva de um dos cônjuges a qualquer das penas maiores fixas dos artigos 55.º e 57.º do Código Penal;
- 4.^a As sevícias ou as injúrias graves;
- 5.^a O abandono completo do domicílio conjugal por tempo não inferior a três anos;
- 6.^a A ausência, sem que do ausente haja notícias, por tempo não inferior a quatro anos;
- 7.^a A loucura incurável quando decorridos, pelo menos, três anos sobre a sua verificação por sentença passada em julgado, nos termos dos artigos 419.º e seguintes do Código de Processo Civil;
- 8.^a A separação de facto, livremente consentida, por dez anos consecutivos, qualquer que seja o motivo dessa separação;
- 9.^a O vício inveterado do jogo de fortuna ou de azar;
- 10.^a A doença contagiosa reconhecida como incurável ou uma doença incurável que importe aberração sexual”¹⁵⁶.

¹⁵⁴ TARTUCE, Flávio - *Op. Cit.* p. 75.

¹⁵⁵ CÂNCIO, Fernanda – **Breve História Legal do Casamento e do seu Fim em Portugal**. [Em linha]. Lisboa, 2008. [Consult. 06 Abr. 2019]. Disponível em http://www.dn.pt/inicio/interior.aspx?content_id=997861.

¹⁵⁶ CORDEIRO, António Menezes – **Divórcio e Casamento na I República: questões fraturantes como arma de conquista e de manutenção do poder pessoal?** [Em linha]. Lisboa, 2011. [Consult. 06 Abr. 2019]. Disponível em <https://www.oa.pt/upl/%7B8262df14-0c0f-4008-a485-15da3956c828%7D.pdf>. p. 76.

Também eram impostas condições para que o divórcio por mútuo consentimento pudesse ocorrer. Dentre elas, constavam critérios como uma idade mínima por parte dos cônjuges, um tempo mínimo de duração do casamento, acordos quanto à situação dos filhos, e assim por diante.

“O divórcio por mútuo consentimento só podia ser obtido por cônjuges casados há mais de dois anos e que houvessem completado, pelo menos, vinte e cinco anos de idade (35.º). Seguiriam certa tramitação (36.º a 38.º), que incluía o acordo quanto aos filhos; o juiz homologava esse acordo e autorizava um divórcio provisório por um ano (39.º) findo o qual, a pedido de um ou de ambos, não havendo reconciliação, seria pronunciado o divórcio definitivo (40.º)”¹⁵⁷.

O diploma legal em causa também estatuiu uma série de normas procedimentais para as ações de divórcio. Medida mais do que necessária à época, visto que, dada a inexistência do instituto até então, o direito processual do país não dispunha ainda de regras processuais para processar tais pedidos. Também trazia normas regulando a partilha de bens e os pedidos de alimentos, nos casos de dissolução matrimonial. Também não descuro o diploma de prever a possibilidade da mera separação de pessoas e bens, sem dissolução do vínculo conjugal, à semelhança daquilo que já vigorava em Portugal antes de o divórcio ser autorizado por lei.¹⁵⁸

É de se imaginar o impacto que uma lei tão liberal causou em uma sociedade conservadora como aquela à época da instauração da república. Portugal, da noite para o dia, saía de uma situação de completa impossibilidade de dissolução do vínculo conjugal para uma outra em que o divórcio não só era admissível, como ainda o era em termos bastante liberais, mesmo em comparação com legislações do presente.

Em 1926, um golpe de estado instaurou um governo ditatorial comandado por Salazar, que perduraria por décadas. Este período, conhecido como Estado Novo, representou uma guinada em relação às posições mais conservadoras referentes ao divórcio, como se verá adiante.

Em seus princípios, o regime salazarista não modificou substancialmente o caráter liberal da legislação portuguesa sobre o divórcio, posta em vigor pelo regime anterior. Muito ao contrário, até reforçou-o num primeiro momento, quando, em 1935, entrou uma norma que

¹⁵⁷ CORDEIRO, António Menezes – *Op. Cit.* p. 75.

¹⁵⁸ *Idem - Ibidem*

reduzia ainda mais o prazo para a obtenção do divórcio por mútuo consentimento: se antes era de cinco anos, a partir de então o prazo caíra para somente dois¹⁵⁹.

Este panorama só passou a se modificar em 1940, quando Portugal assinou uma Concordata com o Vaticano, documento este no qual ficava proibida a concessão do divórcio a todo casamento celebrado na forma católica a partir de agosto daquele ano:

“Aquele regime viria, no entanto, a ser radicalmente modificado com a celebração da Concordata, em 1940, entre a Santa Sé e a República Portuguesa, que veio estabelecer a proibição do divórcio para todos os casamentos católicos que se viessem a celebrar depois de agosto de 1940”¹⁶⁰.

Em 1966, ainda sob a égide do Estado Novo, foi promulgado um novo Código Civil. Esse código confirmou a tendência a um maior conservadorismo em matéria de divórcio, inaugurada a partir de 1940: manteve a proibição dos divórcios para os casamentos católicos, nos termos da já citada Concordata, além de estabelecer regras mais rígidas para a concessão do divórcio.

“O Código Civil de 1966, na sua versão originária, manteve a proibição do divórcio no caso de casamento católico celebrado após a Concordata de 1940; e restringiu fortemente a faculdade de divórcio, no caso de casamento civil, abolindo o divórcio por mútuo consentimento e o divórcio litigioso com base em causas objectivas”¹⁶¹.

Pela redação do Código Civil de 1966, eram fundamentos para a concessão do divórcio ou da separação judicial os seguintes:

- “a) Adultério do outro cônjuge;
- b) Práticas anticoncepcionais ou de aberração sexual exercidas contra a vontade do requerente;
- c) Condenação definitiva do outro cônjuge, por crime doloso, em pena de prisão superior a dois anos, seja qual for a natureza desta;
- d) Condenação definitiva pelo crime de lenocínio praticado contra descendente ou irmã do requerente, ou por homicídio doloso, ainda que não consumado, contra o requerente ou qualquer parente deste na linha recta ou até ao terceiro grau da linha colateral;
- e) Vida e costumes desonrosos do outro cônjuge;
- f) Abandono completo do lar conjugal por parte do outro cônjuge, por tempo superior a três anos;

¹⁵⁹ CÂNCIO, Fernanda – **Breve História Legal do Casamento e do seu Fim em Portugal**. [Em linha]. Lisboa, 2008. [Consult. 06 Abr. 2019]. Disponível em http://www.dn.pt/inicio/interior.aspx?content_id=997861.

¹⁶⁰ SANTOS, Boaventura de Sousa – **O Novo Regime Jurídico do Divórcio em Avaliação**. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2010, pp. 13-14.

¹⁶¹ PINHEIRO, Jorge Duarte – **Ideologias e Ilusões no Regime Jurídico do Divórcio e das Responsabilidades Parentais**. [Em linha]. Lisboa, 2011. [Consult. 06 Abr. 2019]. Disponível em http://www.csm.org.pt/ficheiros/eventos/jduartepinheiro_ideologiasilusoes.pdf. p. 4.

g) Qualquer outro facto que ofenda gravemente a integridade física ou moral do requerente”¹⁶².

Essa tendência ao maior conservadorismo no tocante ao divórcio viria a retroceder a partir de 1974, ano em que Salazar seria destituído do poder, chegando ao fim o Estado Novo. O novo regime que se estabeleceria a partir daí, retomaria a mesma agenda liberal dos primeiros anos da república quanto ao tema em questão, o que já se verificaria no ano seguinte.

“Em 25 de Abril de 1974 ocorre a chamada “Revolução dos Cravos”, que, à semelhança de outro preponderante momento político do século XX português (que foi a instauração da República), teve profundas repercussões no regime do divórcio. No ano seguinte, em 1975, é assinado o Protocolo Adicional à Concordata de 1940, que permitiu que, daí em diante, pudesse requerido o divórcio tanto nos casamentos civis como nos casamentos católicos”¹⁶³.

Outras mudanças que viriam a ocorrer na legislação portuguesa sobre o casamento, após a referida Concordata, foram as seguintes:

“— o Decreto-Lei n.º 261/75, de 27 de maio (Salgado Zenha), depois de alterada a Concordata, em 15-fev.-1975, por acordo com a Santa Sé, veio permitir o divórcio nos termos gerais, mesmo aos casados canonicamente; acrescentou mais dois fundamentos ao divórcio, introduzindo-os no artigo 1778.º/1: o decaimento em ação de divórcio em que tivessem sido feitas imputações ofensivas da honra e dignidade do outro cônjuge e a separação de facto livremente consentida por cinco anos consecutivos; veio ainda permitir o divórcio direto, por mútuo consentimento;
— o Decreto-Lei n.º 561/76, de 17 de julho, visando solucionar aspetos práticos, veio retomar a lista dos fundamentos de separação/divórcio, elevando, todavia, de cinco para seis anos a separação de facto requerida como fundamento, na alínea h) do artigo 1778.º(117);
— o Decreto-Lei n.º 446/76, de 24 de julho, veio baixar para dois anos a duração necessária do casamento para os cônjuges poderem requerer a separação judicial por mútuo consentimento e para três meses a separação provisória exigível para a decisão definitiva”¹⁶⁴.

Por fim, no ano de 1977 ocorrera uma reforma no Código Civil de 1966. Aquela reforma veio modificar substancialmente várias disposições do referido código, a fim de adequá-lo à nova ordem constitucional.

Chama a atenção na referida reforma para o restabelecimento da modalidade de divórcio por mútuo consentimento, abolida pelo Estado Novo. O divórcio litigioso passou a

¹⁶² CORDEIRO, António Menezes – **Divórcio e Casamento na I República: questões fraturantes como arma de conquista e de manutenção do poder pessoal?** [Em linha]. Lisboa, 2011. [Consult. 06 Abr. 2019]. Disponível em <https://www.oa.pt/upl/%7B8262df14-0c0f-4008-a485-15da3956c828%7D.pdf>. p. 80.

¹⁶³ PINHEIRO, Jorge Duarte – *Op. Cit.* p. 4.

¹⁶⁴ CORDEIRO, António Menezes – *Op. Cit.* p. 81.

poder ser concedido mediante causas objetivas (como a separação de fato, por exemplo) ou subjetivas (a violação grave de deveres conjugais que impossibilite a vida em comum)¹⁶⁵.

Ainda pela reforma em tela, o divórcio litigioso passou a ser possível quando o casal estivesse separado de facto por mais de seis anos consecutivos, quando um dos cônjuges estivesse ausente por mais de quatro anos sem que dele se tivesse notícia, ou ainda quando sobreviesse alteração das faculdades mentais de um dos cônjuges que compromettesse a vida em comum por sua gravidade, perdurando por mais de seis anos.¹⁶⁶

Após a Reforma do Código Civil de 1977, Portugal passaria quase duas décadas sem conhecer qualquer alteração na sua legislação referente ao casamento e ao divórcio. Somente em 1995 seriam instituídas novas regras sobre a matéria, a simplificar ainda mais os procedimentos para se dissolverem os vínculos conjugais. Esta simplificação correspondeu à possibilidade de, a partir de então, requerer-se o divórcio por mútuo consentimento junto aos conservadores do registo civil, sem a necessidade de ajuizar-se ação de divórcio para tanto.

“O Decreto-Lei n.º 163/95, de 13 de Julho, que veio atribuir aos conservadores do Registo Civil competência para, paralelamente aos tribunais, decretarem o divórcio e a separação de pessoas e bens por mútuo consentimento, se, para além dos demais requisitos de direito substantivo, o casal requerente não tivesse filhos menores ou, havendo-os, o exercício do respectivo poder paternal se mostrasse já judicialmente regulado, entendendo-se que a natureza dos interesses em causa aconselhava, nesta última matéria, a intervenção exclusiva dos tribunais”¹⁶⁷.

A partir de então, multiplicaram-se as normas que simplificavam ainda mais os procedimentos para a dissolução do casamento. A Lei nº 47/98, editada poucos anos depois, eliminou prazos para a concessão do divórcio por mútuo consentimento. Na prática, isso representou a possibilidade de os casais, por mútuo acordo, colocarem fim à união conjugal em qualquer tempo, até mesmo no próprio dia do casamento, se assim o desejarem.¹⁶⁸

As normas para a obtenção do divórcio litigioso também foram alvo de modificação por parte do legislador. A partir daí, as exigências para a sua concessão foram reduzidas, e os seus fundamentos, ampliados.

¹⁶⁵ PINHEIRO, Jorge Duarte – *Op. Cit.* pp. 4-5

¹⁶⁶ *Idem - Ibidem*

¹⁶⁷ SANTOS, Boaventura de Sousa – **O Novo Regime Jurídico do Divórcio em Avaliação**. Coimbra: Universidade de Coimbra. p. 15.

¹⁶⁸ CORDEIRO, António Menezes – **Divórcio e Casamento na I República: questões fraturantes como arma de conquista e de manutenção do poder pessoal?** [Em linha]. Lisboa, 2011. [Consult. 06 Abr. 2019]. Disponível em <https://www.oa.pt/upl/%7B8262df14-0c0f-4008-a485-15da3956c828%7D.pdf>. CORDEIRO.

“A Lei n.º 47/98, de 10 de agosto, veio alterar esse mesmo artigo 1781.º; agora, são também fundamentos do divórcio litigioso, por ruptura da vida em comum: (a) a separação de facto por três anos; (b) a separação por um ano, se o divórcio for requerido por um dos cônjuges sem oposição do outro; (c) a alteração das faculdades mentais por mais de três anos; (d) a ausência sem notícias por dois anos”¹⁶⁹.

Aquilo que em 1995 passou a ser uma faculdade, em 2001 tornou-se um imperativo para os casais. O Decreto-Lei n.º 272/2001 determinou que os processos de separação ou divórcio por mútuo consentimento passassem a ser de competência exclusiva dos conservadores do registo civil, salvo nos casos de conversão do divórcio litigioso. Mesmo os processos de divórcio nos quais existissem filhos menores passaram a ser da competência de tais órgãos. A segunda conferência em todos os processos também foi abolida¹⁷⁰.

Em 2008, o advento da Lei n.º 61/2008, promoveu profundas reformas no regime do divórcio em Portugal, particularmente o divórcio litigioso. A bem da verdade, apenas tal modalidade fora afetada pelas novas disposições sem que o legislador alterasse de forma significativa o divórcio por mútuo consentimento.

Basicamente, no que toca a essa questão, a lei estabeleceu fundamentos mais objetivos e amplos para a concessão do divórcio litigioso (nomenclatura que a nova lei abolira). Foi eliminada a necessidade de demonstração de culpa por parte de um dos cônjuges na violação de deveres conjugais para que o divórcio tivesse lugar:

“Destaca-se, em primeiro lugar, a eliminação da culpa como fundamento do divórcio sem o consentimento do outro cônjuge. A reforma veio alterar os pressupostos do divórcio, abolindo o divórcio fundado na violação culposa dos deveres conjugais, embora mantenha o catálogo desses deveres no art. 1672.º do Código Civil. Encurtou, ainda, os prazos para concessão do divórcio sem consentimento de um dos cônjuges fundado em causas objectivas, prazo esse que passa a ser, para as diferentes situações, o prazo de um ano. Igual prazo é previsto para a conversão da separação judicial de pessoas e bens em divórcio. E veio consagrar uma causa geral objectiva para o divórcio sem consentimento de um dos cônjuges: “quaisquer outros factos que, independentemente da culpa dos cônjuges, mostrem a ruptura definitiva do casamento” (artigo 1781.º, alínea d) do Código Civil”¹⁷¹.

Desta forma eliminou-se a denominação “divórcio litigioso”. Esta foi substituída pela expressão “divórcio sem consentimento de um dos cônjuges”, modalidade cujos fundamentos para a sua concessão passaram a ser os seguintes:

“São fundamento do divórcio sem consentimento de um dos cônjuges:
a) A separação de facto por um ano consecutivo;

¹⁶⁹ *Idem - Ibidem*, p. 82.

¹⁷⁰ SANTOS, Boaventura de Sousa – *Op. Cit.* p.14.

¹⁷¹ SANTOS, Boaventura de Sousa – *Op. Cit.* p. 15-16.

- b) A alteração das faculdades mentais do outro cônjuge, quando dure há mais de um ano e, pela sua gravidade, comprometa a possibilidade de vida em comum;
- c) A ausência, sem que do ausente haja notícias, por tempo não inferior a um ano;
- d) Quaisquer outros factos que, independentemente da culpa dos cônjuges, mostrem a ruptura definitiva do casamento”¹⁷².

Pelo facto de a nova lei trazer a possibilidade de o vínculo conjugal ser desfeito por apenas uma das partes, sem consentimento da outra, o autor acima citado chega mesmo a comparar as novas disposições legais com o instituto do repúdio romano, visto que naquela espécie de divórcio um dos cônjuges era dispensado unilateralmente pelo outro, à semelhança do que a lei de 2008 passou a facultar aos casais¹⁷³.

Pinheiro¹⁷⁴ resume as mudanças introduzidas na legislação portuguesa pela Lei nº 61/2008 nos seguintes termos:

- “- Alargamento da categoria do divórcio por mútuo consentimento (admissível, havendo ou não acordo quanto a matérias complementares);
 - Abolição do divórcio fundado na violação culposa dos deveres conjugais;
 - Encurtamento dos prazos para concessão do divórcio, sem consentimento de um dos cônjuges, fundado em causas objectivas (artigo 1781º, alíneas a), b) e c), do Código Civil);
 - Consagração de causa geral objectiva para o divórcio sem consentimento de um dos cônjuges (artigo 1781º, alínea d)).
- No capítulo dos efeitos, as principais mudanças foram as seguintes:
- Abolição da declaração de culpa e dos efeitos associados;
 - Aplicação de antigos efeitos negativos da culpa a ambos os cônjuges (proibição da partilha segundo regime com comunicabilidade superior ao da comunhão de adquiridos, ao abrigo do artigo 1790º do Código Civil, e caducidade das liberalidades em vista do casamento ou em consideração do estado de casado, nos termos do artigo 1791º, nº 1, do Código Civil);
 - Atribuição de cariz excepcional ao direito de alimentos entre cônjuges, que, além disso, quando reconhecido, é expressamente limitado e tido como secundário (artigos 2016º e 2016º-A do Código Civil)”¹⁷⁵.

Como se pode constatar, ao longo de um lapso temporal de menos de um século, Portugal assumiu uma postura extremamente liberal relativamente ao casamento e ao divórcio. A sua legislação foi de um extremo (a concepção de casamento nos moldes cristãos tradicionais, como um consórcio vitalício e indissolúvel) a outro (a adoção de regras altamente flexíveis para o divórcio) durante tal período; mas não sem idas e vindas. Essas transformações refletem de forma inequívoca as mudanças no campo dos valores e do comportamento da sociedade portuguesa de forma análoga ao que aconteceu em outros países.

¹⁷² CORDEIRO, António Menezes – *Op. Cit.*, p. 82.

¹⁷³ *Idem - Ibidem*

¹⁷⁴ PINHEIRO, Jorge Duarte – *Op. Cit.* pp. 221-235.

¹⁷⁵ PINHEIRO, Jorge Duarte – **Ideologias e Ilusões no Regime Jurídico do Divórcio e das Responsabilidades Parentais**. [Em linha]. Lisboa, 2011. [Consult. 06 Abr. 2019]. Disponível em http://www.csm.org.pt/ficheiros/eventos/jduartepinheiro_ideologiasilusoes.pdf. pp. 5-6.

3.3.1 Lei 61/2008 do Divórcio em Portugal

O divórcio em Portugal se fez valer direito desde o decreto nº 68 de 3 de novembro de 1910, com a Lei do Divórcio (uma das leis mais liberais do mundo para a época)¹⁷⁶ e conjugado consigo o requisito desnecessário que era a separação judicial prévia de pessoas e bens.

A Lei do Divórcio de 1910 reconhecia tanto o divórcio por mútuo consentimento, quanto o divórcio litigioso, cada um dentro de suas perspectivas e particularidades.

Em 1940 houve uma rigorosa mudança, um verdadeiro retrocesso na legislação devido à celebração da Concordata realizada entre a Santa Sé e a República Portuguesa, proibindo a realização do divórcio para todos os casamentos celebrados depois de agosto de 1940.

O código de 1966 manteve esse posicionamento e mais, restringiu a possibilidade do divórcio para o restante dos casamentos ao eliminar o divórcio litigioso com base em causas objetivas e ao abolir o divórcio por mútuo consentimento.

Entretanto, com a revolução de 1974, houve significativa introdução de mudança legislativa levando à assinatura de um adicional à Concordata, que teve como seu cume a permissão do divórcio (tanto para casamento civil quanto para os casamentos católicos) o que na realidade, voltava às permissões que haviam sido extintas. Desse contexto em diante, mais precisamente em 1977, o Código Civil sofreu uma reforma, mesmo porque, esse não mais atendia aos imperativos da Constituição e nem à realidade social e política portuguesa, trazendo para tanto, reflexos importantes em matéria de família a consagrar o princípio da igualdade de direitos e deveres entre os cônjuges nos casamento.

O divórcio por mútuo consentimento poderia então acontecer desde que o casamento já tivesse mais de três anos e o divórcio litigioso poderia ser decretado por causas objetivas ou subjetivas; podendo ainda existir declaração de culpa de um cônjuge (único ou principal culpado) com consequências patrimoniais negativas no momento da partilha, nas doações e na prestação de alimentos.

¹⁷⁶*Idem - Ibidem*

Já em 1998, com a Lei n.º 47 de 10 de Agosto, o divórcio por mútuo consentimento poderia ser requerido pelos cônjuges a todo tempo, e foi reduzida de seis anos para três anos a separação de facto para que fosse fundamento do divórcio litigioso.

Contudo em 2001, com o Decreto-Lei n.º 272 de 13 de Outubro, os conservadores de Registo Civil, obtiveram a competência exclusiva para os processos de separação e divórcio por mútuo consentimento, mesmo os casais que tivessem filhos menores, esses, porém, o Ministério Público teria que regulamentar¹⁷⁷.

Atualmente vigora a Lei n.º 61 de 31 de outubro de 2008 conforme exposição a seguir.

3.3.2 A Nova Lei do Divórcio em Portugal

Inovações nesse momento temporal, a desconfigurar o marido como chefe de família, como era previsto no Código civil de 1966 em seu artigo 1674.º, através da consagração do princípio da igualdade entre os cônjuges em seu artigo 36, n.º 3 da Constituição da República Portuguesa; foi um posicionamento questionado e dito ilegítimo por juristas, como foi o caso de H. M. Pawlowski¹⁷⁸, que se contrapôs ao posicionamento do princípio da igualdade entre os cônjuges com o argumento de convicção religiosa cristã e islâmica, mas o contexto temporal e cultural prevaleceu à contraposição feita.

O movimento social fica à luz do legislador ao adequar a mudança da sociedade e o que prevalece são seus anseios da adequação das leis em virtude desse movimento, e a necessidade de tal mudança foi realizada na Nova Lei do Divórcio, Lei nº 61 de 31 de outubro de 2008, a alterar principalmente o regime do divórcio litigioso que passou a ter a denominação “divórcio sem consentimento de um dos cônjuges”, porém, não houve mudança significativa no divórcio por mútuo consentimento.

Outra principal alteração foi a eliminação da culpa como motivo do divórcio sem consentimento do outro cônjuge, embora o cônjuge que se sentisse lesado tivesse o direito de pedir reparação de danos causados diante do outro cônjuge na esfera civil, isto não seria mais

¹⁷⁷ SANTOS, Boaventura de Sousa – **O Novo Regime Jurídico do Divórcio em Avaliação**. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2010.

¹⁷⁸ PAWLOWSKI, H. M. - “**Die Ehe im Staat der Glaubensfreiheit**”, *Familie und Recht (FuR)* 4/90, pp. 213-215, e “**Abschied von der «Bürgerliche Ehe»?**”, em *AA.VV., Studi in onore di Pietro Rescigno*, II.1., Milão, Giuffrè, 1998, pp. 695-715 [Em linha]. Belo Horizonte. [Consult.10 de Abr. 2019]. Disponível em https://www.csm.org.pt/ficheiros/eventos/jduartepinheiro_ideologiasilusoes.pdf

um dos motivos para requerer o instituto, mas permaneceu no texto do artigo 1672.º do Código Civil como segue:

“Artigo 1672.º
(Deveres dos cônjuges)
Os cônjuges estão reciprocamente vinculados pelos deveres de respeito, fidelidade, coabitação, cooperação e assistência”¹⁷⁹.

A Lei n.º 61 também alterou para um ano a concessão do divórcio sem consentimento de um dos cônjuges fundados em causas objetivas e igual prazo para a conversão da separação judicial de pessoas e bens em divórcio.

Ainda, dentre as inovações, a inclusão de uma causa geral objetiva para o divórcio sem consentimento de um dos cônjuges conforme o artigo 1781.º do Código Civil aduzindo:

“Artigo 1781.º
(Ruptura do casamento)
d) Quaisquer outros factos que, independentemente da culpa dos cônjuges, mostrem a ruptura definitiva do casamento”¹⁸⁰.

Quanto à partilha, os cônjuges só partilham os bens adquiridos na constância do casamento, não havendo nenhuma comunicabilidade com outro regime, conforme o artigo 1790.º do Código Civil e, em relação ao artigo 1791.º, a consagrar, como ele mesmo menciona, a possibilidade de uma compensação; conforme Boaventura de Sousa Santos textualiza:

“E as liberalidades em vista do casamento ou em consideração do estado de casado, nos termos do artigo 1791.º, n.º 1, do Código Civil, também caducam. Estas são, como se verá, duas das alterações que maior controvérsia suscitaram entre os operadores. Consagrou-se, no entanto, pela primeira vez na lei, a possibilidade de se reivindicar um crédito de compensação, caso tenha existido uma situação de desigualdade manifesta de contribuição dos cônjuges durante o casamento”¹⁸¹.

Em relação aos alimentos, a Nova Lei do Divórcio esclarece no artigo 2016.º e 2016.ºA do Código Civil como segue:

“Artigo 2016.º
(Divórcio e separação judicial de pessoas e bens)
1 - Cada cônjuge deve prover à sua subsistência, depois do divórcio.
2 - Qualquer dos cônjuges tem direito a alimentos, independentemente do tipo de divórcio.
3 - Por razões manifestas de equidade, o direito a alimentos pode ser negado.

¹⁷⁹ **Código Civil Português** - Coimbra. Edições: Almedina, 1999, ISBN 972-40-0575-5, p. 412.

¹⁸⁰ *Idem – Op. Cit.* p. 441.

¹⁸¹ SANTOS, Boaventura de Sousa – **O Novo Regime Jurídico do Divórcio em Avaliação**. Coimbra. 2010. p. 16.

4. O disposto nos números anteriores é aplicável ao caso de ter sido decretada a separação judicial de pessoas e bens.

Artigo 2016.º-A

(Montante dos alimentos)

1 - Na fixação do montante dos alimentos deve o tribunal tomar em conta a duração do casamento, a colaboração prestada à economia do casal, a idade e estado de saúde dos cônjuges, as suas qualificações profissionais e possibilidades de emprego, o tempo que terão de dedicar, eventualmente, à criação de filhos comuns, os seus rendimentos e proventos, um novo casamento ou união de facto e, de modo geral, todas as circunstâncias que influam sobre as necessidades do cônjuge que recebe os alimentos e as possibilidades do que os presta.

2 - O tribunal deve dar prevalência a qualquer obrigação de alimentos relativamente a um filho do cônjuge devedor sobre a obrigação emergente do divórcio em favor do ex-cônjuge.

3 - O cônjuge credor não tem o direito de exigir a manutenção do padrão de vida de que beneficiou na constância do matrimónio.

4 - O disposto nos números anteriores é aplicável ao caso de ter sido decretada a separação judicial de pessoas e bens”¹⁸².

Como se pode notar nos artigos mencionados, os alimentos entre cônjuges estão excepcionados em si, expressamente limitados e tidos como secundários.

Todas as mudanças relacionadas no transcorrer acima, tanto em relação à extinção da culpa de um dos cônjuges, quanto em relação aos alimentos do cônjuge recebedor, estão contidas no texto do diploma legal do instituto do divórcio português; um pouco severo em relação àquele que, contra sua vontade, tem que por fim ao seu casamento, tendo dado seu consentimento ou não.

Rita Lobo Xavier aduz que a legislação não acompanha a sociedade e sim, o legislador atem-se a casos isolados: “faz-se lei com base em *agendas* políticas e ideológicas, para o momento atual e para o caso concreto, de forma irrefletida e precipitada e sem uma estratégia de política familiar”¹⁸³.

Continua Xavier a dizer que: “A imprescindibilidade de aspetos de contratualização no casamento não dispensa um quadro institucional para as relações matrimoniais”¹⁸⁴.

Não obstante opiniões adversas, percebem-se claramente diferenças ante a Lei do Divórcio Brasileira no que diz respeito a ser mantido o nível de vida antes do casamento; a um dos cônjuges ter a obrigação por sentença de pagar pensão alimentícia ao outro; pois, na

¹⁸² GONÇALVES, Luís da Cunha – **Tratado de Direito Civil em comentário ao Código Civil Português**. Volume VI, Editora: Coimbra, 1932. - **Código Civil Português** - Coimbra. Edições: Almedina, 1999, ISBN 972-40-0575-5, p. 513.

¹⁸³ LOBO XAVIER, Maria Rita Aranha da Gama. **Recentes Alterações ao Regime Jurídico do Divórcio e das Responsabilidades Parentais**. s.l.: Almedina, 2009. ISBN-13: 978-972-40-3856-8.

¹⁸⁴ _____. **Ensinar Direito da Família**. Porto: Publicações Universidade Católica, 2008. 97897280698.

lei portuguesa, cada um dá seguimento à sua vida e a pensão do cônjuge é secundária em relação à dos filhos.

A opinião doutrinária diverge e não é pacificada, porém, o conjunto segue em passo constante rumo ao aprimoramento para um equilíbrio social.

CONCLUSÃO

Após o término da presente investigação, fica perceptível que o casamento é a base familiar.

O casamento tornou-se a base da família legítima, pois não havia famílias legítimas sem o casamento, mas com a evolução da sociedade, dos valores, e, principalmente da vontade, houve mudanças na formação de casais e na formação da própria família.

Ressalta-se que, como mencionado, há pouco tempo o Código Civil Brasileiro determinava que o casamento era entre homem e mulher frente ao sistema matrimonial, e, após sua alteração, aduz ser o casamento entre pessoas.

Com uma visão evolutiva no que tange o casamento, não foi investigado nesta dissertação tal facto devido não ser o casamento plural ou de pessoas de mesmo sexo o assunto central deste trabalho, mesmo que com estes agrupamentos, um núcleo familiar se formará.

É perceptível que a formação da família e seu desenvolvimento têm vieses constitucionais, os quais são protegidos pelos princípios da liberdade, da igualdade, e não discriminação a destacar-se, basilamente, o princípio da dignidade da pessoa humana.

Outro ponto, também notório, é que a definição de casamento não está pacificada e provavelmente nunca estará devido sua subjetividade.

Conforme os catedráticos, doutrinadores e juristas, o casamento pode ser considerado como contrato; pode ser um agrupamento de pessoas por afinidade; pode ser considerado como uma união com fins até mesmo de interesse financeiro entre as partes; porém, mesmo desta forma, há a formação do núcleo familiar, e, sendo assim, perpetua e transfere costumes e tradições perante os membros do núcleo. Mesmo existindo os conservadores e tradicionalistas, a lei paralelamente acompanhará a evolução da sociedade e se adequará às suas vontades.

Relevante é que tamanha evolução lá dos tempos primórdios aos modernos foi a estrutura familiar basilar, que persiste aos preceitos e valores individuais, pois conforme o

Professor Doutor Diogo Leite de Campos¹⁸⁵ “o casamento, enquanto estado, é uma comunhão plena de vida, é um constante viver de cada cônjuge”, o indivíduo vive para o outro, e no transcorrer da presente investigação, ficou claro que o ser humano depende integralmente do outro quando nasce, é a necessidade extrema, ou seja, casamento, nascimento, necessidade da família para o crescimento do ser humano.

Necessário se faz a participação devido à imensa pertinência do professor Doutor Diogo Leite de Campos, pois escreve não só catedraticamente, mas sim, escreve com o coração, haja vista em sua obra não faltar a alusão ao amor como base fundamental do casamento e da formação da família:

“O Amor na família é um constante estar presente, ver, dar-se. Cada um, sendo completamente ele, vê em cada um dos outros o que precisa para ser completamente humano. Tenta ser um com os outros de tal modo os outros se tornam elementos constitutivos do seu ser sem deixarem de ser outros. No início do ser da família está a relação. A relação interpessoal exprime mais completamente na família a estrutura originária do ser. Em que o ser só se realiza no acolhimento do outro. É por isso que na família é particularmente fácil, mas necessário, conjugar todos os verbos em nós. Sendo estranho à família o eu e incompleto o eu-tu. Isto é uma realidade superior à realidade das funções da família. As funções da família derivam do amor solidariedade entre os seus membros. E são animadas por este amor e solidariedade que não permitem que as funções da família possam ser substituídas por outras, dado que em qualidade são, ou são vocacionadas para ser, superiores às funções sociais que nada mais serão um seu complemento, se necessário”¹⁸⁶.

Paulo Hermano Soares Ribeiro¹⁸⁷ demonstra sentimentos quando aduz:

“A família é um lugar de encontros. É o que consuímos de melhor que nós mesmos. Não são os papéis nem as regras que fazem ou desfazem a família, são os olhos, os braços, o desejo e o cuidado de seus construtores.”

Entretanto, para quando o casamento legítimo estiver na fase de desfazimento, requer um procedimento formal que envolve a guarda dos filhos, partilha de bens e até mesmo pensão alimentícia, mas na Cristandade o divórcio não era vingueiro e foi abolido por muitos séculos.

Contudo, apesar de ter sido abolido durante séculos, o surgimento do Divórcio evoluiu de forma progressiva positiva, pois não há necessidade de prévia separação, não há mais a

¹⁸⁵ CAMPOS, Diogo Leite e MARTINEZ DE CAMPOS, Mónica. 2016. **A Comunidade Familiar**. [autor do livro] Guilherme de OLIVEIRA. *Textos de Direito da Família para Francisco Pereira Coelho*. Coimbra: Imprensa da Universidade, 2016, pp. 9-30.

¹⁸⁶ *Idem - Ibidem*

¹⁸⁷ RIBEIRO, Paulo Hermano Soares; FONSECA, Edson Pires da – **Casamento & Divórcio – na perspectiva civil constitucional**. Leme, JH Mizuno, 2012, ISBN 978-85-7789-102-3

necessidade de lapsos temporais para o desfazimento, constatação e nem mesmo a culpa poderá ser destinada a uma das partes.

Além destas inovações em relação à lei que foi promulgada e entrou em vigor, há previsão do divórcio ser solicitado na conservatória, e, sendo assim, trouxe muito mais conforto, celeridade e economia para as partes que, neste momento que estão com sentimentos abalados, fosse menos difícil.

Por derradeiro, o direito acompanha as necessidades da sociedade com acompanhamento real do que é necessário, mesmo havendo autores que discordem deste posicionamento.

A exemplo, é a lei do divórcio que com suas imensas adaptações, trouxe aos que a ela recorrem, os ganhos acima citados.

Desta forma, é fácil perceber a evolução da sociedade, da família, dentre outros, a deixar de lado velhos dogmas enraizados, dando espaço ao modernismo e prevalecendo a dignidade humana acima de todos os preceitos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEGRIA, A; VETORE NETO, H – **Considerações acerca da Evolução Social e Legal do Divórcio no Brasil e a Interpretação Doutrinária à Emenda Constitucional nº 66 de 2010**. [Em linha]. Belo Horizonte. [Consult. 10 Abr. 2019] Disponível em: http://portal.estacio.br/media/4293047/cap4_final.pdf.

ALEGRIA, A; VETORE NETO, H. – **Considerações acerca da Evolução Social e Legal do Divórcio no Brasil e a Interpretação Doutrinária à Emenda Constitucional nº 66 de 2010**. *Revistas Hórus*. v.8. nº 2.

AMARAL, Jorge Pais de – **Do Casamento ao Divórcio**. 1ª ed. Editora: Arco-íris. Lisboa, 1997. ISBN 972-762-049-3.

BRIGAS, Mirian Afonso – **O DIREITO DA FAMÍLIA NA HISTÓRIA DO DIREITO PORTUGUES (DOS ANTECEDENTES AO SÉCULO XVIII) PRIMEIRAS REFLEXÕES**. Vol. I. Lisboa: AAFDL, 2018. ISBN 978-972-629-205-0.

CAHALI, Yussef Said – **Separações Conjugais e Divórcio** – 12ª ed. Editora: RT. São Paulo, 2012.

CAMPOS, Diogo Leite de — **A invenção do direito matrimonial**. Coimbra, 1995.

_____. **Eu - Tu: o Amor e a Família (E a Comunidade) (Eu-Tu-Eles)**. *In. Comemorações dos 35 Anos do Código Civil e dos 25 Anos da Reforma de 1977*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

CAMPOS, Diogo Leite de; CAMPOS, Mónica Martinez de - **Lições de Direito de Família**. 3ª ed. Lisboa: Almedina. ISBN 978-972-40-6493-2.

_____. **A Comunidade Familiar**. [autor do livro] Guilherme de OLIVEIRA. **Textos de Direito da Família para Francisco Pereira Coelho**. Coimbra: Imprensa da Universidade, 2016.

CÂNCIO, Fernanda – **Breve História Legal do Casamento e do seu Fim em Portugal**. [Em linha]. Lisboa, 2008. [Consult. 06 Abr. 2019]. Disponível em http://www.dn.pt/inicio/interior.aspx?content_id=997861.

CARVALHO, Dimas de Messias – **Direito das Famílias**. 2ª ed. Lavras: Unilavras, 2014, ISBN 978-85-67895-00-0.

CÓDIGO CIVIL PORTUGUÊS. Editora: Almedina, 1999, ISBN 972-40-0575-5.

CORDEIRO, António Menezes – **Divórcio e Casamento na I República: questões fraturantes como arma de conquista e de manutenção do poder pessoal?** [Em linha]. Lisboa, 2011. [Consult. 06 Abr. 2019]. Disponível em <https://www.oa.pt/upl/%7B8262df14-0c0f-4008-a485-15da3956c828%7D.pdf>.

COSTA, Gley P - **História do Casamento**. [Em linha]. Porto Alegre. [Consult. 06 Abr. 2019] Disponível em https://www.larpsi.com.br/media/mconnect_uploadfiles/c/a/cap_01xxo.pdf.

COSTA, Gley P - **O amor e seus labirintos**. Porto Alegre: Artmed, Livro Eletrônico, 2007.

COSTA, Mário Júlio de Almeida - **História do Direito Português**. 3ª. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CUNHA, Matheus Antônio da – **O Conceito de Família e sua Evolução Histórica**. [Em linha]. Belo Horizonte, 2019. [Consult. 06 Abr. 2019] Disponível em: <http://investidura.com.br/biblioteca-juridica/artigos/historia-do-direito/170332-o-conceito-de-familia-e-sua-evolucao-historica>.

DIAS, Cristina Araújo - **Uma Análise do Novo Regime Jurídico do Divórcio**. 2.ª. s.l. : Almedina, 2009. ISBN-13: 978-972-40-3854-4.

DIAS, Maria Berenice – *In*. **Divórcio já: comentários à Emenda Constitucional nº 66 de 13 de julho de 2010**. Editora: Saraiva, 2010.

DIAS, Paula Barata - **A influência do Cristianismo no conceito de casamento e de vida privada na Antiguidade Tardia**. [Em Linha] Coimbra, 2004. [Consult. 14 Agost. 2019] Disponível em: www2.dlc.ua.pt/classicos/casamento.pdf

DINIZ, Carine Silva – **O Divórcio e a Legislação Brasileira**. [Em linha]. Belo Horizonte. [Consult. 28 Jul. 2015] Disponível em: <http://www.aopmbm.org.br/juridico/artigos-e-materias/410-o-divorcio-e-a-legislacao-brasileira>.

DINIZ, Maria Helena - **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. 19.^a ed. v.5. rev., aum. e atual. de acordo com o novo código civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002) e Projeto de Lei n. 6.690/2002. São Paulo: Saraiva, 2004.

DOLTO, Françoise – *Quand les parentes se séparent*, Ed. Seuil, Paris, 1984.

DONIZETE, Elpídio - **Curso didático de direito processual civil**. 15.^a ed. São Paulo: Atlas, 2011.

DOTTI, René Ariel - **Declaração Universal dos Direitos Humanos e Notas de legislação brasileira**. 2^a ed. Rio de Janeiro. Editora: JM, 1999.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson – **Curso de Direito Civil: Direito das Famílias**. 4^a ed., rev., atual. e amp., vol. 6. Salvador: Editora Juspodivm, 2012.

FLACELIÈRE, Robert - **A vida cotidiana dos gregos no século de Péricles**: Livros do Brasil. Tradução: Virginia Motta, 1985.

GAGLIANO, Pablo Stolze – **Novo Curso de Direito Civil – Direito de Família**. Editora: Saraiva, 2019. ISBN 978-85-53603-04-6

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona - *In. O novo Divórcio*. São Paulo. Editora: Saraiva, 2010.

GOMES, I. C.; PAIVA, M. L. S. C. – **Casamento e Família no Século XXI**: possibilidade de *holding*? [Em linha]. Belo Horizonte. [Consult. 06 Abr. 2019] Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/pe/v8nspe/v8nesa02.pdf>.

GONÇALVES, Carlos Roberto – **Direito Civil Brasileiro, Direito de Família**. 6 v. 8 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

GONÇALVES, Luís da Cunha – **Tratado de Direito Civil em comentário ao Código Civil Português**. Volume VI, Editora: Coimbra, 1932.

GOULART, Patrícia Krempel – **A Origem e Evolução do Casamento na História do Direito de Família**. [Em linha]. Curitiba, 2002. [Consult. 06 Abr. 2019] Disponível em: <https://tcconline.utp.br/wp-content/uploads/2012/11/A-ORIGEM-E-EVOLUCAO-DO-CASAMENTO-NA-HISTORIA-DO-DIREITO-DE-FAMILIA.pdf>.

HOLANDA, Caroline Sátiro de – **A Natureza Jurídica da União Homo afetiva**. Fortaleza, UNIFOR, 2005.

KASER, Max — **Direito Privado Romano**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999.

LARAIA, Roque de Barros – **Cultura: um conceito antropológico**. 14^a. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001. ISBN 85-7110-438-7.

LEANDRO, Maria Engrácia – **Transformações da Família na História do Ocidente**. [Em linha]. Porto. [Consult. 06 Abr. 2019] Disponível em <https://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/12875/1/leandro.pdf>.

LOURENÇO, José – **Direito de Família**. Lisboa, 1935.

LUCENA, Renata Valéria de - **Amor, Casamento e Família na Grécia Antiga**. [Em linha]. Pernambuco, 2014. [Consult. 06 Abr. 2019]. Disponível em: http://artigos.netsaber.com.br/resumo_artigo_14487/artigo_sobre_amor--casamento-e-familia-na-grecia-antiga.

MARTINS, Alberto – **Nova Lei Do Divórcio**. 1.^a ed., 2008, ISBN 978-972-99156-3-5 – Prefácio.

MAZEL, Jacques - **As Metamorfozes de Eros: O Amor na Grécia Antiga**: Martins Fontes. São Paulo, 1988.

MEDINA, José Miguel Garcia - **Constituição da República Federativa do Brasil comentada**. Editora: Revistas dos Tribunais, 2013, ISBN 978-85-203-4675-4.

MENDES, João de Castro – **Direito da Família**. Edição revista por Miguel Teixeira de Souza. Lisboa: Associação Académica da faculdade de Direito de Lisboa, 1991.

MENDES, Manuel – **Guia do Casamento**. Editorial Inquérito. Mira-Sintra-Mem Martins, 1993.

MONCADA, Luís Cabral de - **O casamento em Portugal na Idade Média**. Coimbra: Imprensa da Universidade, 1922.

MONTEIRO, Washington de Barros - **Curso de Direito Civil**. Direito das Obrigações. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 1996, v. 2.

MORENO, Humberto Baquero - **O casamento no contexto da Sociedade Medieval Portuguesa**. Braga: [S.l.], 1979.

NADER, Paulo - **Curso de Direito Civil: Direito de Família**. 1.^a ed. v.5. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

NERY, Nelson – **Código Civil brasileiro comentado**. 10^a ed. Editora: Revista dos Tribunais, 2013. ISBN 978-85-203-40701-0.

NUNES, Dierle; Rodrigues JÚNIOR, WALSIR Edson - **Emenda Constitucional nº 66 e A Possibilidade Jurídica Do Pedido De Separação Judicial E De Separação Extrajudicial**. [Em Linha]. Belo Horizonte. [Consult. 10 Abr.. 2019]. Disponível em <[http://www.diritto.it/system/docs/30103/original/Walsir_Rodrigues_e_Dierle_Nunes_-EMENDA_CONSTITUCIONAL_N%C2%BA_66_E_A_POSSIBILIDADE_JUR%C3%8DDICA_DO_PEDIDO_DE_SEPARA%C3%87%C3%83.pdf](http://www.diritto.it/system/docs/30103/original/Walsir_Rodrigues_e_Dierle_Nunes_-_EMENDA_CONSTITUCIONAL_N%C2%BA_66_E_A_POSSIBILIDADE_JUR%C3%8DDICA_DO_PEDIDO_DE_SEPARA%C3%87%C3%83.pdf)>

PEREIRA, Caio Mário da Silva – **Direito de Família**. vol. V. 26^a ed. Editora Forense, 2018.

PEREIRA, Caio Mário da Silva – **Instituições de Direito Civil: direito de família**. 14.^a ed. rev. e atual. por Tânia da Silva Pereira. Rio de Janeiro: Forense, v.5.

PEREIRA, Maria Margarida Silva – **Direito da família**. 2.ed. Lisboa: Alameda da Universidade, 2018. ISBN 978-972-628-841-8.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha – A Emenda Constitucional nº 66/2010: semelhanças, diferenças e utilidades entre Separação e Divórcio e o Direito Intertemporal, *In Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*, nº 17 (agosto-setembro). Porto Alegre - Belo Horizonte. Editora: Magister-IBDFAN, 2010.

_____. **Dicionário de direito de família e sucessões: ilustrado**. São Paulo: Saraiva, 2015.

PINHEIRO, Jorge Duarte – **Ideologias e Ilusões no Regime Jurídico do Divórcio e das Responsabilidades Parentais**. [Em linha]. Lisboa. [Consult. 06 Abr. 2019]. Disponível em http://www.csm.org.pt/ficheiros/eventos/jduartepinheiro_ideologiasilusoes.pdf.

PROENÇA, José João Gonçalves de – **Direito de família**. 4.^a ed. ver. a et. Lisboa Universidade Lusíadas Editora, 2004.

QUEIROZ, Frederico Henrique Pereira – **Direito Português e Brasileiro**: história e evolução. [Em linha]. Belo Horizonte, 2019. [Consult. 06 Abr. 2019] Disponível em <https://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/artigo/3806/direito-portugues-brasileiro-historia-evolucao->

REAL, José Carlos Pampolha Corte - **Relance Crítico sobre o Direito da Família Português**. [autor do livro] Guilherme de OLIVEIRA. *Textos de Direito da Família para Francisco Pereira Coelho*. Coimbra: Imprensa da Universidade, 2016.

RIBEIRO, Paulo Hermano Sores; FONSECA, Edson Pires da – **Casamento & Divórcio – na perspectiva civil constitucional**. Leme, JH Mizuno, 2012, ISBN 978-85-7789-102-3.

RIZZARDO, Arnaldo – **Direito de Família**. 8ª ed. ver. e atual. Rio de Janeiro: Forense Editora, 2011.

SANTOS, Boaventura de Sousa – **O Novo Regime Jurídico do Divórcio em Avaliação**. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2010.

SANTOS, Sidney Francisco Reis dos – **O Direito de Família na Grécia da Idade Antiga**. Direito Romano: Breve descrição de suas instituições jurídico-político através dos períodos da civilização romana. Revista Espaço Jurídico. Nº.3, 2011.

SARTI, Cynthia Andersen – **Contribuições da Antropologia para o Estudo da Família**. [Em linha]. São Paulo: USP, 1992. [Consult. 06 Abr. 2019] Disponível em: http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1678-51771992000100007

SILVA, Nuno Espinosa Gomes Da – **História Do Casamento em Portugal**. Lisboa: Universidade Católica, 2013. ISBN 978-972-54-0387-7.

SIMÃO, José Fernando - **A PEC do Divórcio e a Culpa: Impossibilidade**. [Em Linha]. Belo Horizonte, 2019. [Consult. 08 Abr. 2019]. Disponível em <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=627>

TARTUCE, Flávio. Debate: **A PEC do Divórcio e a Culpa: Possibilidade** - [Em Linha]. Belo Horizonte. [Consult. 10 Abr. 2019]. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=579>

TEPEDINO, Gustavo – A disciplina jurídica da filiação na perspectiva civil-constitucional. *In*: PEREIRA, Rodrigo da Cunha - **Direito de Família Contemporâneo**. Belo Horizonte Editora: Del Rey, 1997.

THEODORO, Humberto - **Código De Processo Civil**. 20ª ed. Editora Forense, 2016, ISBN 978-85-309-6801-4.

VARELA, Antunes – **Direito de Família**. 1º v. 5ª ed. rev., actual. e comp. Lisboa, 1999, Livraria Petrony, ISBN 972-685-083-5.

VELASCO, Ignacio M. Poveda – **Ordenações do Reino de Portugal**. [Em linha]. São Paulo. [Consult. 06 Abr. 2019]. Disponível em <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67236/69846>.

XAVIER, Fernanda Dias - **União Estável e Casamento**: a impossibilidade de equiparação à luz dos princípios da igualdade e da liberdade. Brasília: TJDF, 2015. ISBN: 978-85-60464-07-4.

XAVIER, Rita Lobo – **Recentes Alterações ao Regime Jurídico do Divórcio e das Responsabilidades**. Editora: Almedina, 2010. ISBN 978-972-403-8568.

_____. **Ensinar Direito da Família**. Porto: Publicações Universidade Católica, 2008. 97897280698.

REFERÊNCIAS DA WEB

Artigos e notas sobre as origens do casamento civil no Brasil - [Em linha]. Belo Horizonte [Consult. 06 Agost. 2019]. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/23332/notas-sobre-as-origens-do-casamento-civil-no-brasil>

Celebrações sologâmicas de pessoas, que se casam consigo mesmas, já acontecem há algum tempo em vários países. Mas Jussara, que criou 'Eu comigo evento', empresa especializada em realizar casamentos solos, acredita ser a primeira cerimônia dessa natureza no Brasil. “Trabalho com cerimonial de casamento há 20 anos, mas a vontade é genuína. Estou tão feliz e tão bem comigo que quis fazer festa para mim e casar comigo”, afirma. A cerimônia é bem semelhante ao casamento monogâmico. Jussara estará de branco, com vestido assinado pela estilista Tetê Rezende. Entrará sozinha, mas será recebida pela filha Maria Laura, de 21 anos,

no que ela denomina de “entrada invertida”. “Minha filha vai sair do altar e seguir até a rampa, de onde sairei do carro. Ela vai me entregar o buquê e entro sozinha”, revela.

O casamento sologâmico não tem previsão legal. O momento será conduzido por uma amiga de Jussara. Não há troca de alianças, mas para demarcar o compromisso consigo mesma, Jussara fez uma tatuagem de uma mulher com asa de borboleta. “Borboleta tem significado de luta e renascimento”. [Em Linha]. Belo Horizonte. [Consult. 28 Mai. 2019]. Disponível em https://www.em.com.br/app/noticia/gerais/2019/05/23/interna_gerais,1056076/nao-tenho-mais-medo-de-ficar-sozinha-diz-mulher-que-vai-se-casar-co.shtml

Significado de FILOGIA: 1. estudo rigoroso dos documentos escritos antigos e de sua transmissão, para estabelecer, interpretar e editar esses textos. 2. estudo científico do desenvolvimento de uma língua ou de famílias de línguas, baseado em documentos escritos nessas línguas. 3. estudo científico de textos e estabelecimento de sua autenticidade através da comparação de manuscritos e edições. Origem = ETIM lat. *philologĭa,ae* 'amor às letras, erudição, literatura', do gr. *philología,as* 'necessidade de falar, conversação'. [Em linha]. São Paulo: USP, 1992. [Consult. 06 Abr. 2019] Disponível em: http://www.usp.br/cje/depaula/wp-content/uploads/2018/08/03_Filol_Ecd_Crtextual.pdf

Notícia do JN-PT - [Em linha]. Lisboa, 2019. [Consult. 06 Agot. 2019]. Disponível em <https://www.jn.pt/nacional/interior/promulgado-diploma-que-elimina-prazo-para-casar-segunda-vez-11187428.html>