

**XXV CONGRESSO DO CONPEDI -
CURITIBA**

HISTÓRIA DO DIREITO

GUSTAVO SILVEIRA SIQUEIRA

RICARDO MARCELO FONSECA

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

H673

História do Direito [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UNICURITIBA;

Coordenadores: Gustavo Silveira Siqueira, Ricardo Marcelo Fonseca – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-348-1

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: CIDADANIA E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: o papel dos atores sociais no Estado Democrático de Direito.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Congressos. 2. História do Direito. I. Congresso Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Curitiba, PR).

CDU: 34



XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA

HISTÓRIA DO DIREITO

Apresentação

Nas primeiras páginas de “Cultura Jurídica Europeia: Síntese de um Milênio”, António Manuel Hespanha, lembra a necessidade de instigar “uma forte consciência metodológica nos historiadores. ”. Fazer uma história do direito que não seja um simples entendimento do passado pelo presente, que não seja um marco de legitimação do direito atual e que entenda as discontinuidades, alterações de conceitos, sentidos e instituições, exige, em primeiro lugar, consciência metodológica.

É flagrante que a consciência metodológica, melhor é acompanhada da percepção dos poderes “periféricos” conviventes com o direito, e o entendimento do próprio direito como elemento imerso no contexto social.

A História do Direito, disciplina recente ou inexistente, em grande parte dos cursos de Direito (e de História) no Brasil desperta paixões e algumas confusões. Como área é destaque em produtividade, organização e internacionalização. No entanto, como disciplina, ainda sofre para se estabelecer e/ou se conhecer.

Explica-se: talvez por sua “juventude” a história do direito, ressaltando aqui uma série de instituições de ponta, do sul ao norte do país, ainda seja confundida como uma filosofia, sociologia ou uma pobre história das leis.

No Brasil, ainda é comum encontrar trabalhos pretendendo grandes análises que impõem cruzamentos arbitrários e superficiais de centenas ou milhares de anos de história, para legitimar o direito atual como sendo melhor, mais racional, justo ou moral. A preocupação com a alteração dos conceitos, a percepção que o direito muda no tempo e no espaço e o uso crítico da história do direito, ainda não fazem parte de grande maioria das grades disciplinares no país.

Frise-se aqui que a crítica não recai sobre uma história simplesmente positivista, mas a um ausente uso de qualquer tipo de metodologia para a história do direito.

Desta forma, todo debate de história do direito, necessariamente, é um debate de metodologia. Tal qual a forma, os olhos e as posições alteram a imagem de um caleidoscópio, as metodologias, os conceitos e os métodos alteram as percepções, as perguntas e respostas da história do direito.

Portanto, a criação de mesas e grupos de trabalho de História do Direito em vários Congressos e encontros jurídicos brasileiros, ainda mais quando são acompanhados de pesquisadores e professores do Instituto Brasileiro de História do Direito (IBHD), pontuam para a expansão crítica e problematizante da área, assim como concorrem para o fortalecimento de intercâmbios e experiências entre as diversas pesquisas realizadas no Brasil.

Os artigos apresentados neste livro são o resultados dos trabalhos apresentados no Encontro Nacional do Conpedi em Curitiba no ano de 2016. O leitor perceberá que a consciência metodológica perpassa alguns trabalhos e fica de fora em outros. Como disciplina jovem no Brasil, a história do direito, ainda busca os passos firmes para se sedimentar como uma disciplina fortemente crítica em todos os países. Os debates no CONPEDI auxiliam a capacitação de professores e pesquisadores do tema e serve com o embrião de debates do tema.

PERCURSO HISTÓRICO DO DIREITO DE FAMÍLIA PORTUGUÊS: RELANCE CRÍTICO DO CONTRIBUTO ESTRANGEIRO

COURSE HISTORY OF PORTUGUESE FAMILY LAW: CRITICAL GLANCE OF THE FOREIGN CONTRIBUTION

Maisa de Souza Lopes ¹
Vivian Gerstler Zalcman ²

Resumo

O presente artigo pretende abordar o percurso histórico do Direito de Família português, por meio de um relance crítico do contributo estrangeiro. Objetiva-se analisar a história das relações-jurídico familiares de forma global, até a reforma do Código Civil de 1977 e depois detalhar a normas do casamento entre homossexuais, divórcio, união de fato e filiação, frisando os avanços ocorridos nos últimos tempos e denunciando as dificuldades enfrentadas pelos intérpretes. Ao final, almeja-se verificar o que mudou, o que se manteve e tentar enxergar o que ainda pode mudar nos próximos anos. A metodologia que será aplicada na pesquisa é hipotético-dedutiva.

Palavras-chave: História, Direito de família, Direito português

Abstract/Resumen/Résumé

This article is about the historical route of the Portuguese Family Law, through a critical of the foreign contribution. The objective is to analyze the history of family-legal relations globally, until the reform of the Civil Code of 1977 and then detail the gay wedding, divorce, facto unions and membership, stressing the progress made in recent times and denouncing the difficulties faced by interpreters. Finally, it aimed to find out what has changed, what remained and trying to see what can still change in the coming years. The methodology to be applied in research is the hypothetical- deductive.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: History, Family law, Portuguese law

¹ Doutoranda em Direito pela Fadisp-SP e Universidade de Coimbra. Mestre em Direito pela Fadisp-SP. Especialista em Direito Civil pela Mackenzie-SP. Advogada e professora.

² Mestranda em Direito Civil Comparado pela PUC-SP. Especialista em Direito de Família pela PUC-SP. Advogada e professora.

INTRODUÇÃO

O presente artigo pretende abordar o percurso histórico do Direito de Família português, por meio de um relance crítico do contributo estrangeiro. A escolha do tema justifica-se frente à inegável evolução científica que o mesmo experimentou nos últimos anos, inclusive pela quantidade de leis novas a tratar do assunto, o que despertou a atenção de inúmeros estudos jurídicos sobre a matéria.

O Direito de Família desponta como um dos mais relevantes objetos de pesquisa dos especialistas na atualidade, isso porque a feição da família tem-se modificado ao longo dos anos, em nítido compasso com as transformações sociais, culturais e políticas, o que torna indispensável compreender a família de acordo com os movimentos que constituem as relações sociais no decorrer do tempo.

Inicialmente, o estudo percorrerá a história do Direito de Família português, de forma global, até a reforma do Código Civil de 1977. Tratar-se-á da importância do casamento desde a sua “invenção” e da influência do Direito Canônico. E, ainda, de temas como desigualdade entre o homem e a mulher, permissão do divórcio e características da filiação. Nesse contexto, analisar-se-á o impacto da reforma de 1977, que visou adaptar o direito ordinário familiar à Constituição de 76, impedindo a sua inconstitucionalidade, época de considerável aperfeiçoamento das normas familiaristas.

Consequente, destacar-se-á o exame do casamento entre pessoas do mesmo sexo, do divórcio, da união de fato e da filiação, que serão trabalhados em separado, frisando relativamente a cada um deles os avanços assistidos nos últimos tempos e denunciando as dificuldades enfrentadas pelos intérpretes.

O objetivo do estudo é, ao final, verificar o que mudou no Direito de Família português, o que se manteve e tentar enxergar o que ainda pode mudar nos próximos anos. A metodologia que será aplicada na pesquisa é a hipotético-dedutiva, pois planeja-se a partir da história do Direito de Família português, compreender em que medida se pode beber na sua fonte e extrair algum aprendizado.

1. O Percurso Histórico do Direito de Família Português tratado de forma global até a Reforma do Código Civil de 1977

Inicia-se esse percurso com a invenção do Direito matrimonial (séculos XII e XIII), que Diogo Leite de Campos deseja significar a transformação em normas jurídicas estatais, em Direito aceite e aplicado pelo “Estado”, das normas eclesíásticas sobre o casamento que viam neste um vínculo indissolúvel, perpétuo, monogâmico, heterossexual e de caráter sacramental. (CAMPOS, 1997)

No decurso do século IX, nos Estados carolíngios, havia, no que se refere aos aspectos pessoais do casamento, uma competência paralela de jurisdições, sendo assunto civil, o casamento deveria estar submetido a jurisdição laica. Nos séculos seguintes, a desorganização social e política remetem o casamento para o domínio dos costumes, de modo que as separações, os divórcios, as segundas núpcias na vigência de um casamento anterior válido, parece terem sido frequentes. (CAMPOS, 1997)

O ano de 1031 marca uma reviravolta na jurisdição da Igreja em matéria matrimonial. Os Concílios de Bourges (1 de novembro de 1031) e de Limoges (18 de novembro de 1031) reafirmam que o casamento é indissolúvel¹. Iniciou-se, a partir disso, um processo de reivindicação da competência exclusiva da Igreja em matéria matrimonial, que ia permitir a criação, no seu interior, de todo um Direito matrimonial com eficácia externa, tutelada pelo Estado. (CAMPOS, 1997)

A recuperação da família pelo Direito do Estado, consoante o citado autor, se deu pela insurreição contra a família-instituição religiosa, e não desde logo contra a família-instituição social, pelos protestantes e regalistas, primeiramente, e depois por parte dos movimentos laicos dos séculos XVIII e XIX. Atacaram precisamente o sinal da sua religiosidade, o controle jurisdicional da Igreja, a sacramentalidade e a indissolubilidade do vínculo matrimonial.

Portanto, esse formato de família predominou até o advento da Revolução Industrial. A contar do século XIX, segundo Carlos Alberto Bittar Filho, a urbanização

¹ O que é confirmado pelos Concílios seguintes: Reims 1049, Tours de 1060, Beaugency e de Paris, de 1104.

acelerada, os movimentos de emancipação das mulheres e dos jovens, a industrialização, as revoluções tecnológicas, as profundas modificações econômicas e sociais ocorridas e as imensas transformações comportamentais havidas puseram um ponto final na instituição familiar em seus moldes patriarcais. A esses fatores somem-se a separação da Igreja e do Estado e a adoção do casamento civil. (BITTAR FILHO, 2002)

Em Portugal, o artigo 1056º do primeiro Código Civil, de 1867, definia o casamento como o “contrato perpétuo feito entre duas pessoas de sexo diferente, com o fim de constituírem legitimamente a família”. Constata-se que a indissolubilidade e a heterossexualidade eram requisitos que diziam respeito a sua própria essência, além do mais, ignorava-se, por completo, a união de fato, que além de não ser regulada, era socialmente reprovada.

O artigo 1057º previa que os católicos celebrariam o casamento pela fórmula estabelecida na Igreja Católica e os que não fossem católicos, celebrariam o casamento perante o oficial do registro civil, com as condições e pela forma estabelecida na lei civil. O artigo 2º do Decreto nº. 30.615, de 25 de julho de 1940, atribuía também relevância estatal ao casamento contraído em conformidade com o Direito Canônico desde que o respectivo assento estivesse transcrito no registro civil. (PINHEIRO, 2016)

No aludido período, como era característico da família patriarcal, vislumbrava-se uma pujante diferenciação entre o homem e a mulher, *v. g.* havendo dissentimento entre os pais sobre a concessão da licença para o casamento, prevalecia a opinião do pai (art. 1061º), a mulher não podia privar o marido, por convenção antenupcial, da administração dos bens do casal (art. 1104º), ao marido incumbe, especialmente, a obrigação de proteger e defender a pessoa e os bens da mulher, e a esta a de prestar obediência ao marido (artigo 1185º), a mulher tem obrigação de acompanhar o seu marido, exceto para pais estrangeiro (artigo 1186º), a mulher autora não pode publicar os seus escritos sem o consentimento do marido, mas pode recorrer a autoridade judicial em caso de injusta recusa dele (artigo 1187º), a administração de todos os bens do casal pertencem ao marido (artigo 1189º), a mulher casada não pode estar em juízo sem autorização do marido (artigo 1192º), etc.

No que tange ao término e à dissolução do casamento, inicialmente, só era admitida a separação. O artigo 1204º do Código Civil de 1867 estabelecia que podiam ser

causas legítimas de separação de pessoas e bens: o adultério da mulher, o adultério do marido com escândalo público, ou completo desamparo da mulher, ou com concubina teúda e manteúda no domicílio conjugal, a condenação do cônjuge a pena perpétua e as sevícias e injúrias graves.

A Lei do Divórcio, de 3 de Novembro de 1910, regulamentava somente a dissolução do casamento civil. O artigo 2º dispunha que o divórcio, autorizado por sentença passado em julgado, tinha juridicamente os mesmos efeitos da dissolução por morte, inclusive facultava contraírem novo e legítimo casamento.

O divórcio podia ser pedido só por um dos cônjuges (litigioso) ou por ambos (mútuo consentimento). No caso do litigioso, era necessário o preenchimento de uma das causas taxativas elencadas no artigo 4º da referida Lei².

Eram considerados “legítimos” apenas os filhos nascidos de matrimônio legitimamente contraído (101º). Diziam-se espúrios os filhos que não podiam ser perfilhados: os filhos adulterinos e incestuosos (artigo 134º e 122º). A adoção não era admitida e a procriação medicamente assistida nem sequer era suposta.

Aos pais era concedido o poder parental, a quem competia protegê-los e administrar os bens deles (artigo 137º). As mães participavam do poder parental, mas era ao pai que especialmente competia, durante o matrimônio, como chefe da família, dirigir, representar e defender seus filhos menores, tanto em juízo, quanto fora dele (artigo 138º).

² São taxativamente causas legítimas do divórcio litigioso:

1º O adultério da mulher;

2º O adultério do marido;

3º A condenação efectiva de um dos cônjuges a qualquer das penas maiores fixas dos artigos 55º e 57º do Código Penal;

4º As sevícias ou as injúrias graves;

5º O abandono completo do domicílio conjugal por tempo não inferior a três anos;

6º A ausência, sem que do ausente haja notícia, por tempo não inferior a quatro anos;

7º A loucura incurável quando decorridos, pelo menos, três anos sobre a sua verificação por sentença passada em julgado, nos termos dos artigos 419º e seguintes do Código de Processo Civil;

8º A separação de facto, livremente consentida, por dez anos consecutivos, qualquer que seja o motivo dessa separação;

9º O vício inveterado do jogo de fortuna ou azar;

10º A doença contagiosa reconhecida como incurável, ou uma doença incurável que importe aberração sexual.

Lei do Divórcio. Decreto de 3 de Novembro de 1910. Disponível em <http://www.laicidade.org/documentacao/legislacao-portuguesa/portugal/republica-1910-1926/divorcio/>.

Acesso em 19.08.2016.

Jorge Duarte Pinheiro comenta que predominava uma imagem autoritária e distante do pai, ao qual geralmente se concedia o uso de todos os meios que estivessem ao seu alcance para ser obedecido, incluindo a possibilidade de obter, junto da autoridade policial, a prisão do filho “desobediente e incorrigível” em casa de correção por período não superior a trinta dias e de fazer cessar a detenção previamente ordenada (artigo 143º). (PINHEIRO, 2016)

O próximo marco temporal em termos de mudanças na estrutura da organização jurídica da família portuguesa foi a reforma de 1977, operada pelo Dec.-Lei nº. 496, de 25.11.1977, que visou adaptar o direito ordinário familiar à Constituição de 76, impedindo a sua inconstitucionalidade. Capelo de Sousa anota que a reforma, num todo coerente, do Direito da Família, “implementou-o e modernizou-o, mantendo-lhe o rigor filológico, o acerto da sua sistematização e o mérito de muitas das suas soluções, particularmente patrimoniais”. (SOUSA, 2016)

Mencionado autor enumera as atualizações concebidas pela reforma: estabelecimento do direito de constituir família e de contrair casamento em condições de plena igualdade; regulação pela lei dos requisitos e dos efeitos do casamento e da sua dissolução por morte ou divórcio, independentemente da forma de celebração; consagração do princípio da igualdade de direitos e deveres entre os cônjuges quanto à capacidade civil e política e à manutenção e educação dos filhos; proibição de qualquer discriminação dos filhos nascidos fora do casamento, por esse motivo, e reconhecimento da igualdade dos pais no direito e no dever de educação dos filhos. (SOUSA, 2016)

Com referência a paridade ou igualdade dos cônjuges dentro do casamento, quer no domínio pessoal, nomeadamente no que à parentalidade diz respeito, quer no domínio patrimonial, Carlos Pamplona Corte Real afirma que foi aparentemente superada pela reforma de 1977, pois não só a sociedade ainda não assimilou adequadamente tal igualdade, como também na própria leitura do Código Civil se podem entrever resquícios dessa situação anterior, ainda residual. Cita, como exemplo, o artigo 1676º, nº. 2 com a redação conferida pela Lei nº. 61/2008, nestes termos: (PINHEIRO, 2016, p. 114)

(...) continua a admitir que um dos cônjuges possa “renunciar de forma excessiva à satisfação dos seus interesses em favor da vida em comum, designadamente à sua vida profissional”, encobrindo a situação concreta a que visa fazer face. “Renúncia excessiva” é um termo juridicamente no mínimo estranho; e está bem de ver que, no nosso contexto sociológico, dos cônjuges

o renunciante (...) será tendencialmente o cônjuge mulher, a quem continua a ser “ocultadamente” reconhecida uma primazia na gestão do lar... Esta renúncia excessiva vai gerar a obtenção de uma pensão compensatória aquando da extinção do vínculo conjugal, como forma de fazer face àquilo que a doutrina chama de “enriquecimento sem causa” do cônjuge que não viu afectada a sua carreira e actividade profissional, normalmente o cônjuge marido. Ou seja, a nossa lei deixa latente vias de sustentação do estádio de não igualdade conjugal, não sendo o legislador inequívoco na assunção do seu próprio pensamento...

Nesse ponto, necessário consignar o que se entende por paridade dos cônjuges, para haver respeito absoluto à igualdade constitucional, não significa dizer que isso implica em tratamento absolutamente igualitário entre as partes, nas mais diferentes situações. Deve-se volver a visão para a histórica discrepância de tratamento fático e jurídico impostos às mulheres e não se pode pretender aplicar todas as regras jurídicas de modo rigorosamente igualitário, pois esta solução implicaria em prejuízos evidentes para as mulheres. Assim, é preciso aplicar a isonomia levando-se em conta os diferentes papéis e funções atribuídas a cada membro da família, de modo a obter um efetivo equilíbrio de posições jurídicas e o respeito à dignidade de todos eles. (FARIAS, ROSENVALD, 2011)

Voltando ao percurso histórico da evolução do Direito de Família português, para melhorar o entendimento do assunto separar-se-á por institutos.

2. Casamento entre pessoas do mesmo sexo

Até a 56ª versão do Código Civil português, o artigo 1577º definia o casamento como “o contrato celebrado entre duas pessoas de sexo diferente que pretendem constituir família mediante uma plena comunhão de vida, nos termos das disposições deste Código. A partir de 2010, por influência da Lei 9/2010, de 31 de Maio, o apontado artigo passa a ter a seguinte redação “casamento é o contrato celebrado entre duas pessoas que pretendem (...)”. Portanto, a diversidade de sexo deixou de ser preceito do casamento civil, em evidente progresso do tema³.

³ O casamento católico é regido em matéria de validade por normas de Direito Canônico, nos termos do artigo 1625º do Código Civil e o Direito Canônico não aceita o casamento entre pessoas do mesmo sexo. De igual forma, o casamento religioso não católico, é definido pelas regras da igreja ou comunidade religiosa, que pode não contemplar o casamento entre pessoas do mesmo sexo.

Com base nas lições de Jorge Duarte Pinheiro, duas observações se fazem necessárias: (PINHEIRO, 2016)

A primeira, é que a mencionada mudança foi precedida de apreciação do Tribunal Constitucional Português, que não detectou qualquer incompatibilidade entre o alargamento da faculdade de casar e a Constituição portuguesa de 1976, pois na visão deste tribunal, o texto fundamental não permite nem proíbe o casamento entre pessoas do mesmo sexo, do que se extrairia a sua possibilidade⁴.

A segunda, diz respeito ao regime estabelecido para o casamento entre pessoas do mesmo sexo, o artigo 5º da Lei nº. 9/2010, exige que todas as disposições legais relativas ao casamento e aos seus efeitos sejam interpretadas à luz da mesma lei, independentemente do gênero dos cônjuges, sem prejuízo do disposto no artigo 3º. O artigo 3º ocupa-se da adoção por pessoas casadas com cônjuge do mesmo sexo.

A discriminação no acesso à adoção por pessoas casadas do mesmo sexo teve fim em 2016, quando a Lei nº. 2/2016 alterou o artigo 3º e 5º da Lei nº. 9/2010, que passaram a ter nova redação, permitindo-a:

“Artigo 3º. (...) 1 — O regime introduzido pela presente lei implica a admissibilidade legal de adoção, em qualquer das suas modalidades, por pessoas casadas com cônjuge do mesmo sexo. 2 — Nenhuma disposição legal ou regulamentar em matéria de adoção pode ser interpretada em sentido contrário ao disposto no número anterior.

Artigo 5º [...] Todas as disposições legais relativas ao casamento, adoção, apadrinhamento civil e outras relações jurídicas familiares devem ser interpretadas à luz da presente lei, independentemente do sexo dos cônjuges.”

Contudo, destaca-se, parafraseando Carlos Pamplona Corte Real, a “incompletude e a infelicidade jurídica das soluções legais, num complexo normativo incoerente e retrógrado” (CORTE REAL, 2016), pois em que pese ultrapassado o acesso dos casais de pessoas do mesmo sexo à adoção, quanto à procriação medicamente assistida nada mudou, comprovando os resquícios de preconceito.

⁴ Acórdãos nºs. 359/2009, de 09.07.2009 e 121/2010, de 08.04.2010.

Por outro lado, Capelo de Sousa, *v.g.*, afirma não ter dúvidas de que o casamento entre pessoas do mesmo sexo constitui clara violação aos preceitos constitucionais, o que demonstra estar longe do tema a pacificação, *in verbis*: (SOUSA, 2016, p. 541)

Não temos dúvidas em afirmar que, face à nossa actual Constituição, o *casamento* entre pessoas do *mesmo* sexo constitui uma clara violação dos n.ºs. 1, 3, 5 e 6 do art.º 36º e dos n.ºs. 1 e 2, als. b), c), d) e e), do art. 67º, todos da Constituição, que ligam o casamento à constituição da família, enquanto elemento fundamental e estruturante da sociedade e à procriação, manutenção e educação dos filhos, com base na união do homem e da mulher. Aliás, o casamento entre o homem e a mulher é o único historicamente institucionalizado, independentemente das raças e das religiões, e o único emergente do direito “suprapositivo” (valores jurídicos fundamentais), obrigando também o legislador constitucional (cfr. OTTO BACHOF, *Normas constitucionais inconstitucionais?*, trad. Cardoso da Costa, Atlântica Ed., Coimbra, 1977, pág. 3). Tal casamento é o único antropológicamente justificado por uma unidade bio-químico-crossomática de dois seres distintos mas complementares, sendo só através dela possível garantir o instinto básico da propagação da espécie humana.

(...)

Mais, o princípio da igualdade estende-se, e muito bem, à generalidade das relações jurídicas bilaterais e douradoras entre homossexuais ou entre heterossexuais, como a união de facto (Lei n.º. 7/2001, de 11-05). Todavia, nesta, já cessa o princípio da igualdade, por intenção material específica do direito, nos casos de adopção (art.º 7º da Lei n.º. 7/2001) ou de procriação médica assistida (art.º 6º da Lei n.º. 32/2006, de 26-07), porque aqui é predominante o interesse da criança (art.º 1874º, n.º. 1) e esta necessita da imagem, temperamento, carácter e sensibilidade do homem e da mulher (enquanto portadores de específicas masculinidades e feminilidade complementares e solidárias).

(...)

Nestes termos, a inconstitucionalidade do casamento de pessoas do mesmo sexo é declarável em sede de fiscalização abstracta sucessiva (art.º 281º, n.º. 1, al. a), e n.º. 3 Const.) e de fiscalização concreta (art.º 280º, n.º. 1, Const.).

Por outro lado, como demonstrámos, o casamento entre pessoas do mesmo sexo não decorre do art.º 13º Const. Assim, a todo o tempo, a Lei n.º 9/2010, de 31-05, pode ser revogada, por via ordinária.

Entretanto, a evolução da legislação a respeito da matéria é notória.

3. Divórcio

O sistema tradicional português previa três tipos de divórcio: o divórcio por mútuo consentimento, o divórcio litigioso por causas “subjetivas”, culposas, e o divórcio litigioso por causas “objetivas” (a separação de fato, a alteração das faculdades mentais e

a ausência)⁵. Porém, não se reconhecia um princípio geral de dissolução com fundamento em ruptura do casamento, mas apenas se previam aquelas três causas determinadas de ruptura. O rompimento por “impossibilidade da vida em comum” era admitido, condicionado aos prazos estabelecidos no art. 1781º e depois da prova de violações culposas de deveres conjugais (art. 1779º). Portanto, a culpa sempre desempenhou um papel extenso no sistema português. (OLIVEIRA, 2010)

A diferença do panorama atual para o anterior está nas alterações introduzidas, em especial à matéria do divórcio, pela Lei nº. 61/2008. O legislador pretendeu adequar as suas normas às de outros países europeus onde reformas semelhantes se sucederam (Espanha, por exemplo), o que, inclusive, constou da exposição de motivos, eliminando a averiguação da culpa e os efeitos negativos decorrentes da sua declaração no processo de divórcio que, assim, se pretendeu também simplificar. (SILVA)

Elenca-se, a seguir, as modificações introduzidas pela lei de 2008 no sistema de divórcio, que se extrai do Código Civil Português: o divórcio pode ser por mútuo consentimento ou sem consentimento de um dos cônjuges (art. 1773º); o divórcio por mútuo consentimento pode ser instaurado a todo o tempo na conservatória do registro civil, sem necessidade de idade mínima ou prazo de duração do casamento (art. 1775º); quanto aos fundamentos do divórcio sem consentimento de um dos cônjuges, o prazo da

⁵ O divórcio por mútuo consentimento podia ser requerido pelos cônjuges a qualquer tempo, eles não precisavam revelar a causa do divórcio, mas deviam acordar sobre a prestação de alimentos ao cônjuge que deles careça, o exercício do poder paternal relativamente aos filhos menores e o destino da casa de morada da família (art. 1775º).

Por outro lado, o divórcio litigioso podia ser requerido por qualquer dos cônjuges se o outro violasse culposamente os deveres conjugais, quando a violação, por sua gravidade ou reiteração, comprometesse a possibilidade da vida em comum. Na apreciação da gravidade dos fatos invocados, o tribunal deveria tomar em conta, nomeadamente, a culpa que possa ser imputada ao requerente e o grau de educação e sensibilidade moral dos cônjuges (art. 1779º).

Já o divórcio litigioso por causas objetivas podia ser requerido por quem estivesse separado de fato por três anos consecutivos, sendo que na ação de divórcio, o juiz deveria declarar a culpa dos cônjuges, quando a houvesse. Idêntica solução era aplicada no caso de ausência. O divórcio fundado na alteração das faculdades mentais havia sido eliminado pela Lei nº. 47/98, de 10 de Agosto (art. 1782º a 1784º).

É digno de nota que a evolução da legislação do divórcio se deu de forma progressiva ao se reduzir seus pressupostos a cada alteração. *V.g.*, o Decreto-Lei nº. 561/76, de 17 de Junho, aumentou de cinco para seis anos o prazo de separação de fato, mas eliminou a exigência de que esta fosse livremente consentida. O Decreto-Lei nº. 605/76, de 24 de Julho, reduziu de três para dois anos o prazo de duração do casamento, indispensáveis para se requerer o divórcio por mútuo consentimento. O Decreto-Lei nº. 496/77, de 25 de Novembro, pôs fim ao requisito de uma idade mínima dos cônjuges para efeitos de divórcio por mútuo consentimento, que era de 25 anos, e retomou o prazo de três anos de duração do casamento. A Lei nº. 47/98, de 10 de Agosto, autorizou a possibilidade de se requerer o divórcio por mútuo consentimento a qualquer tempo, afastando a imposição de um período mínimo de casamento e reduziu de seis para três anos o tempo exigido da separação de fato enquanto causa do divórcio.

separação de fato foi reduzido para um ano consecutivo (art. 1781º, alínea “a”); acrescentou-se a alínea “d” no art. 1781º, que prevê como fundamento do divórcio sem consentimento “quaisquer outros factos que, independentemente da culpa dos cônjuges, mostrem a ruptura definitiva do casamento”, o que retira a importância da discussão sobre a culpa pela dissolução da conjugalidade.

Não obstante o visível avanço, o legislador perdeu a oportunidade de dar um passo maior rumo à compreensão de que o divórcio deve ser exercitado pela simples vontade do indivíduo, sem a necessidade de estar submetido à prazos (de separação de fato), em homenagem à autonomia privada dos componentes da relação e inequívoco apreço às liberdades e garantias individuais.

Cristiano Chaves Farias corrobora esse entendimento e afirma que: “ímpor dificuldades ou entraves jurídicos nesse momento importa em uma verdadeira degradação pessoal nas esferas psíquicas, moral, intelectual e, por certo, física, afrontando a dignidade dos envolvidos”. (FARIAS, ROSENVALD, 2011, p. 349)

Carlos Pamplona Corte Real questiona se o artigo 1792º é prova de que a lei do divórcio continua a penalizar o cônjuge-culpado. Alega que o dispositivo que prevê ao cônjuge lesado o direito de pedir a reparação dos danos causados pelo outro cônjuge nos termos gerais da responsabilidade civil não tem a ver com culpa, que a lei erradicou, conexas com pretensas violações dos deveres conjugais, mas tê-lo-á, sim, com danos causados por um dos cônjuges, como se de um terceiro se tratasse, *v.g.*, em termos de ofensas à integridade física, homicídio, fatos ilícitos que se enquadrem no crime de violência doméstica, mas que não têm diretamente a ver com os deveres conjugais mas com uma relação entre quaisquer cidadãos, a que se exige, porém, uma especial diligência face à intimidade da vivência que partilha com o outro. (CORTE REAL, 2016)

A todo esse respeito, Capelo de Sousa discorda. Adverte que a Lei nº. 61/2008, sem prejuízo do cabimento de uma certa fruição subjetiva conjugal, esqueceu as ideias de responsabilidade, de valores e mesmo de sacrifício no casamento e ratificou o atirar da toalha no chão por qualquer dos cônjuges, mesmo que unilateralmente e culposamente, à primeira dificuldade, não importando que haja filhos recém-nascidos. Desaprova a substituição do princípio e da cláusula geral da culpa, como causa de decretação de tais institutos, por uma remanescente cláusula geral de ruptura do casamento,

independentemente de culpa, que tem como objetivo facilitar ainda mais o divórcio e erradicar as consequências jurídicas patrimoniais ligadas à culpa do cônjuge lesante ou principal lesante. Dessa forma, entende que se vem alegre e irresponsavelmente destruindo famílias, as mais das vezes com meras crises conjugais, até com filho de terna idade, e desagregando o núcleo da sociedade, em nome de uma quimérica e egoísta felicidade individual. (SOUSA, 2016)

4. União de fato

No que se relaciona à evolução normativa dos institutos familiares, a união de fato é um belo exemplo de um que sofreu grandes transformações nos últimos 50 anos. A primeira lei portuguesa dedicada inteiramente à união de fato é de 1999, Lei n.º. 135/99, de 28 de Agosto. Contudo, desde a reforma de 1977 do Código Civil, já se reconhecia expressamente direitos emergentes à união de fato, a exemplo do artigo 2020⁶.

A Lei n.º. 135/99 tinha como objetivo a proteção para os membros de uniões de fato heterossexuais, o que se estendeu para as uniões de fato homossexuais a partir da Lei n.º. 7/2001, de 11 de Maio⁷. A última legislação a tratar do assunto é a Lei n.º. 23/2010, de 30 de Agosto, que avançou um pouco mais, alterando disposições do Código Civil⁸.

Todavia, é inegável que se podia ter progredido mais na proteção da união de fato, em matéria de aspectos pessoais (seria o caso de reconhecê-la como entidade familiar?), bem como patrimoniais (porque não se admitir que o companheiro sobrevivente

⁶ Artigo 2020º. 1. Aquele que, no momento da morte de pessoa não casada ou separada judicialmente de pessoas e bens, vivia com ela há mais de dois anos em condições análogas às dos cônjuges tem direito a exigir alimentos da herança do falecido, se os não puder obter, nos termos das alíneas a) a d) do artigo 2009º.

⁷ Além do alargamento da união de fato aos casais do mesmo sexo, que vivam assim há mais de dois anos, a referida lei estabeleceu: a proteção da casa de morada; se beneficiar do regime jurídico de férias, faltas, licenças e preferência na colocação dos funcionários da Administração Pública ou com contrato de trabalho individual, equiparado ao dos cônjuges; aplicação do regime do imposto de rendimento das pessoas singulares; proteção na eventualidade de morte do beneficiário, pela aplicação do regime geral da segurança social; prestação por morte resultante de acidente de trabalho ou doença profissional; pensão de preço de sangue e por serviços excepcionais e relevantes prestados ao País.

⁸ O legislador de 2010 se preocupou com o regime da proteção da casa de morada em caso de ruptura e em caso de morte e alterou o Código Civil estendendo às uniões de fato o direito a indenização por morte, regulando, ainda, a cessação do direito à alimentos e o direito de exigir alimentos da herança do falecido.

tenha direitos hereditários?), diante da sua comparação com o regime estabelecido para os cônjuges, quando questiona-se se não seria o caso da equiparação⁹.

Tem-se, atualmente, estabelecido o seguinte rol de direitos às uniões de fato portuguesas: o direito a exigir alimentos da herança do companheiro falecido; o direito à transmissão por morte do arrendamento habitacional de que era titular o companheiro falecido; o direito de habitação e o direito de preferência na venda da casa de morada de família pertencente ao companheiro falecido, bem como o direito de uso do recheio da mesma casa; o direito a indenização por danos não patrimoniais sofridos com a morte do companheiro; e o direito de permanecer na casa de morada comum que pertencia ou estava arrendada, total ou parcialmente, ao outro companheiro, após a cessação da união de fato por vontade de um dos membros.

Carlos Pamplona Corte Real compartilha um ponto de vista interessante sobre o assunto. Afirma que esse instituto surgiu de uma forma perversa, com o intuito de, mantendo o exclusivo acesso ao casamento por casais heterossexuais, criar um “casamento” de subcondição para os casais de pessoas do mesmo sexo, com a agravante de camuflar essa discriminação na circunstância de a união de fato se aplicar também a casais heterossexuais. (CORTE REAL, 2016)

Conquanto essa situação já tenha sido, em tese, resolvida com a admissão do casamento para casais do mesmo sexo, ainda assim algumas indagações sobre a diferenciação do casamento e da união de fato permanecem, causando espanto.

Referido autor assevera que a diferença de regime é obviamente intencional, que o legislador quis discriminar o estatuto dignificante do casamento do estatuto informal da união de fato, embora como que “homenageasse” a comunhão vivencial livre correspondente à união de fato com algumas prerrogativas sociais e patrimoniais, e complementa: (CORTE REAL, 2016, p. 121)

(...) a União de Facto suscita latentemente a dúvida de saber o que vislumbra o legislador de diferente, para além da inexistência de um acto constitutivo formal, entre Casamento e União de Facto. É o mesmo afecto, é a mesma comunhão de vida, é o mesmo respeito recíproco, é o mesmo partilhar – quiçá – da vivência parental, donde parece decorrer que o legislador insiste na

⁹ Em comparação com o casamento, os direitos estabelecidos à união de fato são muito limitados, p. ex., não há regras semelhantes às do cônjuge em matéria de nome, capacidade, titularidade, administração e disposição dos bens, dívidas, validade e revogação de contratos, direitos hereditários, alimentos etc.

manutenção dos institutos porque... não os quer unificar... Porque não admitir uma única figura – o casamento constituído ou por via de um acto formal registral ou por via de uma convivência perdurável significativa – e daí admitir-se uma aproximação de regimes jurídicos? Porque não admitir, por exemplo, que na União de Facto os companheiros possam recorrer aos regimes de bens conjugais se o estatuírem em escritura pública? Em suma, por que quer a lei duas figuras?

Certo é que tanto é querida tal distinção, a nível legislativo, que a doutrina chega ao ponto de negar índole familiar à União de Facto; não que tal circunstância tenha uma consequência palpável e entrevisível que seja facilmente concretizável, mas não se vê por que não inserir no leque das relações familiares do artigo 1576º do Código Civil a União de Facto. Não se vê mesmo, e mais radicalmente – insista se-, por que não admitir a unicidade dos institutos.

Portanto, até mesmo independente da equiparação da união de fato ao casamento ou promoção daquela à categoria de entidade familiar, deve-se buscar soluções jurídicas para, na situação da dissolução da união, se recorrer e, assim, evitar qualquer locupletamento indevido, como com fundamento na boa-fé, utilizar-se do enriquecimento sem causa ou do abuso do direito.

5. Filiação e responsabilidades parentais

Com relação à filiação, algumas considerações se fazem necessárias quanto à evolução da legislação da técnica da procriação medicamente assistida, bem como da adoção. Senão vejamos.

A procriação medicamente assistida (PMA) foi regulamentada pela Lei nº. 32/2006, de 26 de Julho, segundo a qual os beneficiários da técnica são declarados pais da criança nascida. Restou definido que se tratava de um método subsidiário e não alternativo, portanto, só se pode verificar mediante diagnóstico de infertilidade ou, ainda, sendo caso disso, para tratamento de doença grave ou do risco de transmissão de doenças de origem genética, infecciosa ou outras. Os beneficiários somente poderiam ser pessoas casadas ou que vivam em condições análogas às dos cônjuges há pelo menos dois anos.

Essa legislação foi alterada recentemente pela Lei nº. 17/2016, de 20 de Junho. Acrescentou-se que as técnicas de procriação medicamente assistida podem ainda ser utilizadas por todas as mulheres independentemente do diagnóstico de infertilidade. Agora se permite, ainda, que possam recorrer às técnicas de PMA os casais de sexo

diferente ou os casais de mulheres, respetivamente casados ou casadas ou que vivam em condições análogas às dos cônjuges, bem como todas as mulheres independentemente do estado civil e da respetiva orientação sexual.

À propósito da adoção, na versão originária do Código, só podiam adotar duas pessoas unidas por casamento há mais de dez anos e sem descendentes legítimos. A partir de 1977, sucederam-se várias alterações legislativas destinadas a dinamizar o instituto da adoção. Atualmente, podem adotar tantos casais heterossexuais quanto homossexuais (Lei nº. 2/2016).

Da mesma forma que sustenta ser o casamento de homossexuais inconstitucional, Capelo de Sousa defende o mesmo para a adoção ou procriação medicamente assistida por casais do mesmo sexo. Afirma, ainda, que do ponto de vista do “superior interesse da criança” e das “reais vantagens do adotado”, as pessoas do mesmo sexo não asseguram as imagens solidárias do homem e da mulher, essenciais para o desenvolvimento das crianças. (SOUSA, 2016)

Consequente, a respeito das responsabilidades parentais, inicialmente, consignase que referida expressão é de 2008, cunhada pela Lei nº. 61/2008, que substituiu “poder parental”, que até então vigorava.

Sobre a citada substituição, Capelo de Sousa pondera: (SOUSA, 2016, p. 539)

Apesar de a expressão “responsabilidades parentais” constar de recomendação do Conselho da Europa (...).

Na expressão “poder parental” há, pois, “deveres” (equivalentes *grosso modo* às “responsabilidades”), mas a par de “poderes”, a maioria dos quais constituem direitos em sentido lato quer relativamente aos filhos (prioritariamente em benefício destes mas também no exercício do direito geral de personalidade dos pais – v.g. no art.º 1887º), quer relativamente a terceiros (...).

Além do que, a expressão “responsabilidades parentais” é um neologismo comum, sem a juridicidade das expressões “responsabilidade negocial ou contratual” e “responsabilidade extranegocial ou extracontratual”.

Por último, o ora legislador, com confusão de critérios, manteve a designação do “poder parental” na epígrafe e em diversas disposições da secção III do capítulo II do título III do livro IV do Código Civil; no art.º 124º (suprimento da incapacidade dos menores); no art.º 144º (exercício do poder parental na interdição); no art.º 318º, al. b) (suspensão da prescrição); no art.º. 1981º, nº. 1, al. c) (consentimento para a adopção) e no art.º. 1997º (poder parental na adopção restrita). É que o “poder parental” na sua acepção clássica-jurídica é

uma realidade mais abrangente do que “responsabilidades parentais”, não se confundindo aquela expressão com uma aceção meramente naturalística, ultrapassada e politicamente incorrecta.

Segundo Rosa Martins, as responsabilidades parentais são habitualmente apresentadas como o complexo de poderes-deveres atribuídos e impostos pela lei a ambos os progenitores, durante o período da menoridade do seu filho, para que cuidem de todos os aspectos relacionados com a pessoa e os bens do filho no interesse deste último (art. 1878º, n.º 1), no que se inclui o dever de obediência do filho menor de idade aos pais (art. 1878º, n.º 2). (MARTINS, 2008)

Trilhando nessa temática, Guilherme de Oliveira aponta duas tendências verificadas nos últimos tempos. A primeira, quanto aos pais que usam métodos de violência física contra os filhos, em 2007, o direito penal português previu o crime de violência doméstica, punindo quem infligir maus tratos físicos, incluindo castigos corporais aos filhos. Em contrapartida, aos pais que ignoram os filhos ou abstêm-se de exercer qualquer influência, nota-se uma tentativa de reação por parte dos Estados, no sentido de responsabilizar os pais pela condução da vida dos filhos, no sentido do desenvolvimento da sua personalidade, p. ex., a Lei nº. 51/2012, de 5 de Setembro, prevê a responsabilização dos pais no caso de incumprimento negligente de deveres relacionados com a frequência escolar do filho, designadamente por faltas excessivas, que pode ir ao ponto de constituir contraordenação punível com coimas. (OLIVEIRA, 2008)

CONCLUSÃO

Após o percurso analítico do sistema jurídico-familiar português pôde-se observar que o mesmo oscila entre antigos valores e alguma propensão à modernidade. Ultrapassada a desigualdade entre homem e mulher, a indissolubilidade do casamento, a concepção de ilegitimidade dos filhos, viu-se que o Direito Português reconheceu, via legislação, o casamento e a adoção para pessoas do mesmo sexo, o que é digno de aplausos, pois não são muitos os países que fizeram o mesmo.

O legislador português apresenta como relações jurídicas familiares o casamento, o parentesco, a afinidade e a adoção, o que faz crer que somente essas relações dão origem a “família”. Ao lado da evolução do instituto do casamento, que hoje, a

diversidade de sexo deixou de ser preceito, a união de fato continua relegada à indiferença. Em comparação com os direitos dos cônjuges, o que se estabeleceu para união de fato é insignificante.

Por esse motivo, alguns questionamentos permaneceram sem resposta: não seria o caso de reconhecer a união de fato como entidade familiar? E estender às pessoas que compõe a união de fato os mesmos direitos dos cônjuges? Porque não se admitir os mesmos efeitos patrimoniais do divórcio quanto ao regime de bens à dissolução da união de fato? Porque não se autorizar que o companheiro sobrevivente tenha direitos hereditários?

No que diz respeito ao divórcio, verificou-se que apesar da grande reforma de 2008, o legislador perdeu a oportunidade de dar um passo ainda maior na direção da compreensão de um divórcio mais facilitado. Retirou-se a discussão da culpa dos divórcios litigiosos, mas manteve-se a necessidade de observância de prazos (de separação de fato), dificuldade que desrespeita as liberdades individuais e impõe entrave desnecessário, que só aumenta o sofrimento das partes.

Com relação à filiação, a possibilidade de adoção para casais homossexuais constituiu o ápice do progresso nessa temática. Contudo, quanto à procriação medicamente assistida, talvez fosse o caso de se pensar sobre a possibilidade de casais de homens poderem se beneficiar por meio da gestação em substituição.

Por fim, quem sabe, no futuro, o conteúdo da relação familiar entre os adultos possa ficar ao dispor dos próprios, que poderiam fixar por acordo realizado antes ou na constância da relação o que desejassem e, assim, se respeitar a singularidade de cada casal, seja que, *v.g.*, desejem viver em casas separadas ou mesmo estabelecer uniões poligâmicas, e evitar ao máximo a intromissão do Estado nesse âmbito tão particular.

REFERÊNCIAS

BITTAR FILHO, Carlos Alberto. *Direito de família e sucessões*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

CAMPOS, Diogo Leite. *Lições de Direito da Família e das Sucessões*. Almedina, Coimbra, 1997.

Código Civil português de 1867. Disponível em: <http://www.fd.unl.pt/Anexos/Investigacao/1206.pdf>. Acesso em 19.08.2016.

CORTE REAL, Carlos Pamplona. *Relance Crítico sobre o Direito de Família português*. In Textos de Direito de Família para Francisco Pereira Coelho. Coord. Guilherme de Oliveira. Imprensa da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2016.

FARIAS, Cristiano Chaves de, ROSENVALD, Nelson. *Direito das famílias*. 3 ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

Lei do Divórcio. Decreto de 3 de Novembro de 1910. Disponível em <http://www.laicidade.org/documentacao/legislacao-portuguesa/portugal/republica-1910-1926/divorcio/>. Acesso em 19.08.2016.

MARTINS, Rosa. *Responsabilidades parentais no século XXI: a tensão entre os direitos de participação da criança e a função educativa dos pais*. Lex Familiae. Coimbra: Coimbra Editora, ano 5, nº. 10, julho/dezembro 2008.

OLIVEIRA, Guilherme de. *A nova Lei do Divórcio*. Lex Familiae. Coimbra: Coimbra Editora, ano 7, nº. 13, janeiro/junho 2010.

OLIVEIRA, Guilherme de A. *Direitos fundamentais à constituição da família e ao desenvolvimento da personalidade*. Lex Familiae. Coimbra: Coimbra Editora, ano 5, nº. 10, julho/dezembro 2008.

PINHEIRO, Jorge Duarte. *Perspectivas de evolução do Direito da Família em Portugal*. In Textos de Direito de Família para Francisco Pereira Coelho. Coord. Guilherme de Oliveira. Imprensa da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2016.

SILVA, Ainda Filipa Ferreira. *Responsabilidade civil entre cônjuges no divórcio*. Disponível em: <http://repositorio-aberto.up.pt/bitstream/10216/75752/2/12896.pdf>. Acesso em 03.09.2016.

SOUSA, Rabindranath Capelo de. *As alterações legislativas familiares recentes e a sociedade portuguesa*. In Textos de Direito de Família para Francisco Pereira Coelho. Coord. Guilherme de Oliveira. Imprensa da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2016.