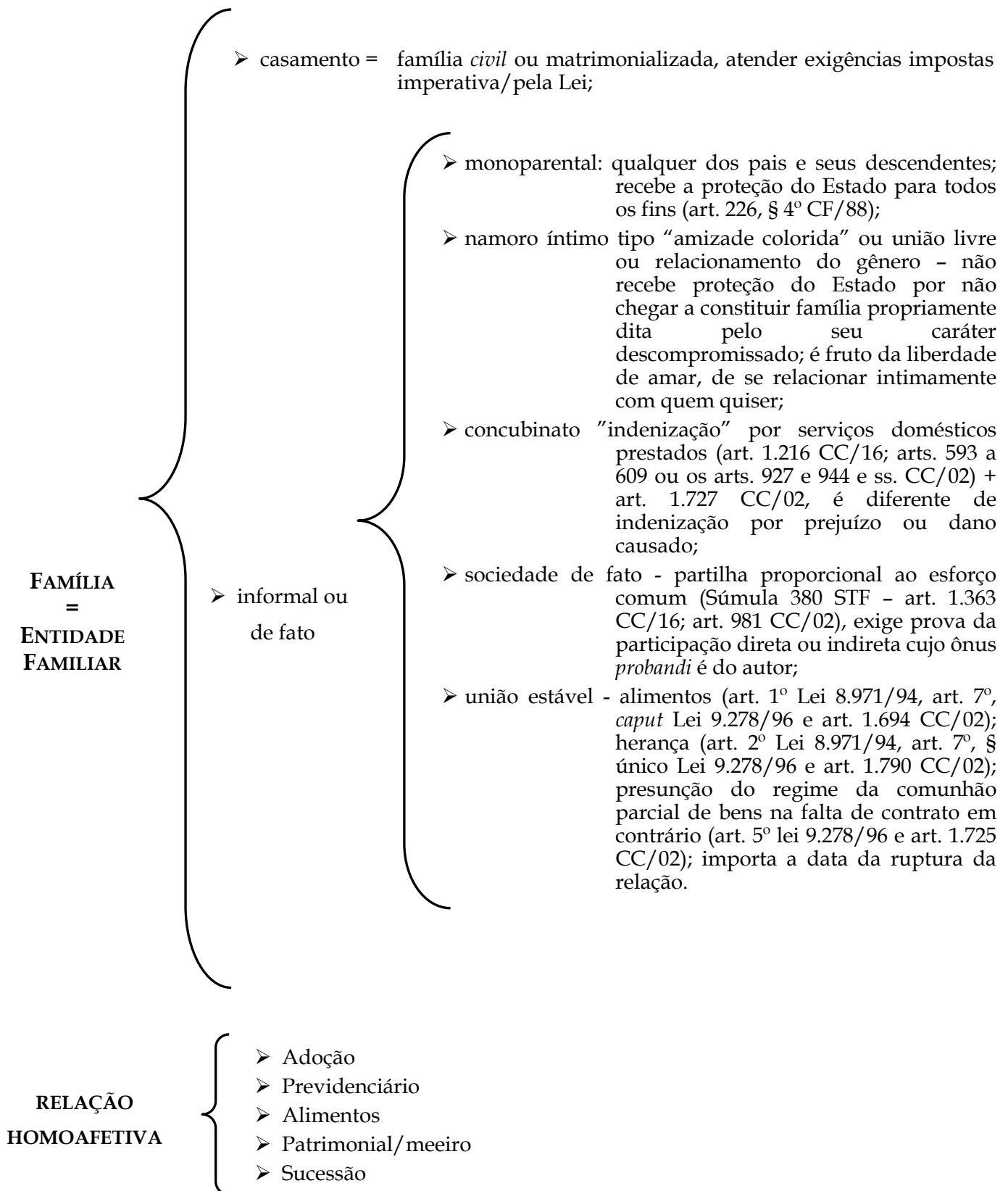
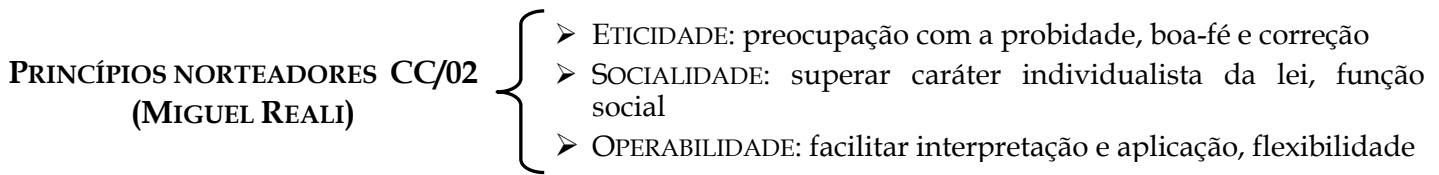


CONCEITOS



CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO DE FAMÍLIA



FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS GERAIS DO DIREITO DE FAMÍLIA

- a) princípio e fundamento da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III);
- b) princípio da tutela especial à família independentemente da espécie (art. 226, *caput*);
- c) princípio e fundamento do pluralismo e da democracia no âmbito dos organismos familiares, bem como da escolha da espécie de família (art. 1º, V);
- d) princípio da igualdade em sentido material de todos os partícipes da família (art. 5º e inciso I);
- e) princípios e objetos da liberdade, da justiça e do solidarismo nas relações familiares (art. 3º, I) o princípio e objetivo da beneficência em favor dos partícipes do organismo familiar (art. 3º, IV)“.

FUNDAMENTOS ESPECÍFICOS DO DIREITO DE FAMÍLIA

- a) princípio da paternidade responsável, vinculado ao método interpretativo *the best interest of the child* (art. 226, § 7º);
- b) princípio da prevalência do elemento anímico da *affectio* nas relações familiares (em decorrência da previsão do divórcio, com prazos diminuídos, e do exposto reconhecimento da perda da *affectio maritalis* diante da separação de fato por dois anos), nos termos do art. 226, § 6º;
- c) princípio do pluralismo das entidades familiares (art. 226, §§ 1º, 3º e 4º);
- d) princípios da liberalidade restrita e beneficência à prole em matéria de planejamento familiar (art. 226, § 7º);
- e) princípio e dever da convivência familiar (art. 227, *caput*);
- f) princípio da prioridade da proteção absoluta e integral da criança e do adolescente (art. 227, *caput*), incluindo a sua colocação em família substituta (art. 227, § 3º, VI, e § 5º);
- g) princípio da isonomia entre os cônjuges (art. 226, § 5º) e, implicitamente, entre os companheiros;
- h) princípio da isonomia entre os filhos, independentemente da origem (art. 227, § 6º);
- i) princípio da não-equivalência entre o casamento e o companheirismo (art. 226, § 3º).

- **CONSTITUCIONALIZAÇÃO** - Para GUSTAVO TEPEDINO¹ é o processo de elevação ao plano constitucional dos princípios fundamentais do direito civil, que passam a condicionar a observância pelos cidadãos, e a aplicação pelos tribunais, da legislação infraconstitucional. Teria como objetivo submeter o direito positivo aos fundamentos de validade constitucionalmente estabelecidos.
- MARIA RITA DE HOLANDA SILVA OLIVEIRA¹ - Com a intervenção na Economia, acentuada depois do segundo pós-guerra, foi necessária uma nova dimensão dos direitos fundamentais, denominados direitos de terceira geração, caracterizados pelo desprendimento e redimensionamento da titularidade daqueles. Nesta dimensão ofereceram-se uma órbita de proteção a determinados grupos sociais. São denominados direitos de solidariedade e fraternidade (no Brasil, em 1988). Inicialmente através da interposição do legislador ordinário, começou a inflexão do Direito Constitucional sobre o direito privado. Hoje, o Estado Democrático de Direito é um Estado comprometido constitucionalmente com a realização efetiva dos direitos fundamentais, que lança os seus valores sobre as normas de direito privado, forçando a sua reinterpretação e ocasionando, por vezes, a sua derrogação, em razão de sua aplicação imediata
- **PUBLICIZAÇÃO** - JOSÉ LAMARTINE CORRÊA DE OLIVEIRA E FRANCISCO JOSÉ FERREIRA MUNIZ - Compreende o processo de crescente intervenção estatal, especialmente no âmbito legislativo, característica do Estado Social do século XX. Identificável com o processo de intervenção legislativa infraconstitucional. No direito de família há um acentuado predomínio das normas imperativas, isto é, normas que são inderrogáveis pela vontade dos particulares. Significa tal inderrogabilidade que os interessados não podem estabelecer a ordenação de suas relações jurídicas familiares, porque esta se encontra expressa e imperativamente prevista na lei (*ius cogens*). Com efeito, não se lhes atribui o poder de fixar o conteúdo do casamento (por exemplo, modificar os deveres conjugais; ou sujeitar a termo ou condição o reconhecimento do filho; ou alterar o conteúdo do poder familiar.
- ARNALDO RIZZARDO - Com a regulamentação das bases fundamentais dos institutos de direito de família, o ordenamento visa estabelecer um regime de certeza e estabilidade das relações jurídicas familiares. As disposições do presente tipo são denominadas normas de interesse e ordem pública.
- **DESPATRIMONIALIZAÇÃO OU REPERSONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL** = deixar de lado os direitos do proprietário e focar-se no direito da pessoa humana em sociedade. A repersonalização tem sentido em repor a pessoa humana como centro do direito civil, passando o patrimônio para segundo plano. O fenômeno da despatrimonialização não quer significar a redução quantitativa do conteúdo patrimonial no sistema jurídico civilístico, mas sim, conforme PIETRO PERLIGIERI, a passagem de uma jurisprudência civil dos interesses patrimoniais a uma mais atenta aos valores existenciais."
- TERESA ARRUDA ALVIM PINTO - As alterações havidas têm por escopo fazer com que o direito de família passe a girar fundamentalmente em torno de fenômenos humanos, ligados à esfera afetiva, espiritual e psicológica de pessoas envolvidas e não de facetas de natureza predominantemente patrimonial. Daí o natural incremento das separações ou divórcios, posto que é o enlace afetivo o fator determinante das uniões, vindo como força secundária o convívio conjugal e os interesses patrimoniais, sendo que outrora dominavam ou decidiam quase sempre a efetivação do casamento.
- ELIMAR SZANIAWSKI² - 'Repersonalização' do direito civil - isto é, a acentuação da sua raiz antropocêntrica, da sua ligação visceral com pessoa e os seus direitos. Sem essa raiz um tal direito é ininteligível (...). O Direito, não sendo um sistema lógico, como pretendia a jurisprudência conceitual, é, todavia, um sistema axiológico, um sistema ético a que o homem preside como o primeiro e mais imprescritível dos valores.
- **DEMOCRACIA NO ÂMBITO DA FAMÍLIA - RELAÇÕES** de família são funcionalizadas em razão da dignidade de cada partícipe; redirecionamento das relações familiares para buscar nas relações pessoais os ideais e valores de pluralismo, solidarismo, democracia, igualdade, liberdade e humanismo.

¹ OLIVEIRA, Maria Rita de Holanda Silva. Reflexos da Constitucionalização nas Relações de Família. In: LOTUFO, Renan (Coord.). *Direito Civil Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2002, Caderno 3, p. 285.

-
- **FUNCIONALIZAÇÃO DA FAMÍLIA À REALIZAÇÃO DA PERSONALIDADE DE SEUS MEMBROS** - A CF é a lei fundamental portadora de valores, expressos positivamente através dos princípios constitucionais. Dentre eles o princípio da dignidade da pessoa humana é o mais importante. A família é considerada a base da sociedade pelo art. 226 da nossa CF. De fato, o seio familiar apresenta-se com “o local próprio para o desenvolvimento pessoal em todos os sentidos.”
 - **CARLOS ALBERTO BITTAR** - Neste mesmo sentido, o texto constitucional impõe ao Estado, ao lado da concessão de proteção especial à família (art. 226), a assistência às pessoas que dela participam, mediante a instituição de mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações (§ 8º do art. 226). Estabelece, outrossim, como de livre decisão do casal o planejamento familiar, cabendo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o seu exercício (§ 7º do art. 226), respeitado o princípio da paternidade responsável.
 - **ARNALDO RIZZARDO** - Todo o direito infraconstitucional é direito constitucionalizado, não se podendo ter um direito civil autônomo em relação ao Direito Constitucional. O grupo de direitos fundamentais atua como um núcleo, ao redor do qual se pretende que gire o Direito Privado; um novo sistema solar, no qual o Sol seja a pessoa. Superou-se a divisão entre direito público e privado.
 - **DIGNIDADE HUMANA** - **CARLOS ROBERTO DE SIQUEIRA CASTRO³** - O princípio da dignidade da pessoa humana tornou-se o *epicentro* do extenso catálogo de direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais, que as constituições e os instrumentos internacionais em vigor ofertam solenemente aos indivíduos e às coletividades. O postulado da dignidade humana *universalizou-se* como um *pólo* de atração para cada vez mais novos e novíssimos direitos refletores do modismo constitucional-democrático. Com isso, abriu-se o receituário dos direitos sublimados na Constituição, que se multiplicam na razão direta dos conflitos insurgentes no meio social e das exigências insaciáveis de positividade jurídica, na esteira do humanismo ultrapluralista, solidarista e internacionalizado destes tempos. Tal princípio é reforçado em inúmeras outras disposições constitucionais, a exemplo das normas do artigo 170, que inclui dentre as finalidades da ordem econômica assegurar a todos existência digna; do artigo 226, parágrafo 7º, proclamando que o planejamento familiar funda-se nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável; do artigo 227, impondo à família, à sociedade e ao Estado o dever de assegurar à criança e ao adolescente o direito à dignidade, do artigo 230, enunciando que o amparo às pessoas idosas deve assegurar sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhe o direito à vida. Pode-se afirmar que o Estado Constitucional Democrático da atualidade é um Estado de abertura constitucional radicado no princípio da dignidade do ser humano. O postulado da dignidade humana constitui-se no direito prolífero por excelência, tendo gerado nas últimas décadas várias famílias de novos direitos que angariaram o *status* de *fundamentalidade* constitucional.
 - **DANIEL SARMENTO⁴** - Sem embargo, deve-se ressaltar que o princípio da dignidade da pessoa humana constitui uma categoria axiológica aberta, que não deve ser aprisionado em conceituações ideológica ou filosoficamente “carregadas”, que não se harmonizem com o pluralismo e a diversidade de valores que se manifestam na “desencantada” sociedade contemporânea. A dignidade é compreendida como atributo inalienável da pessoa humana, que não pode dela dispor em suas relações de ordem privada.
 - **DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE** - **JOSÉ DE FARIAS TAVARES⁵** - Instituiu cabalmente e de forma definitiva a política nacional de proteção integral da criança e do adolescente do Brasil. No artigo 227, a Carta Magna traçou os contornos do novo Direito da Infância e da Juventude, estabelecendo os seus direitos humanos fundamentais, individuais e sociais, e mesmo metaindividuais (difusos, coletivos e individuais homogêneos), direitos, assim, de primeira, de segunda e de terceira gerações. São direitos subjetivos públicos exigíveis do Estado, da sociedade e da comunidade em geral, mas, individualizadamente dos pais e/ou seus substitutos no exercício do pátrio poder-dever e de todos e de cada um dos membros da família, segundo suas condições. E, aqui, família é vista como todo o agrupamento humano que convive com ou deve conviver com a criança ou adolescente, família natural formada pelo pai, pela mãe e seus descendentes - ECA, art. 25-ou substituta, em situação de guarda, tutela ou adoção - Estatuto, arts. 28 e seguintes.

I) FAMÍLIA

1. ORIGEM

- **FAMÍLIA** - origem no latim, *Famulus* = quer dizer escravo e família é o conjunto de escravos pertencentes a um mesmo homem; seu conceito varia no tempo e no espaço.
- Ainda no tempo de *CAIUS*, a família, *id est patrimonium*: quer dizer, parte da herança, era transmitida testamentariamente. “O radical *fam* corresponde àquele outro *dhā*, da língua ariana, que dá idéia de fixação, ou de coisa estável, tendo da mudança do *dh* em *f* surgido, no dialeto do Lácio, a palavra *faama*, depois *famulus* (servo) e finalmente *família*, esta última a definir, inicialmente, o conjunto formado pelo *pater familias*, esposa, filhos, e servos, todos considerados, primitivamente, como integrantes do grupo familiar.
- **ULPIANO**, no ‘*Digesto*’, já advertia que a palavra ‘*familia*’ tinha inicialmente acepção ampla, abrangendo pessoas, bens e até escravos.”
- Família era tida como fato natural, espontâneo, própria da natureza gregária do homem e perpetuação da espécie; homem como animal social; homem nasce com instintos primários: fome e sexo pela sua natureza fisiopsíquica.
- **GUILHERME CALMON NOGUEIRA DA GAMA**⁶ - Há sérias controvérsias acerca da **ORIGEM DA FAMÍLIA**. De acordo com a teoria matriarcal, após o estágio original da promiscuidade sexual, no qual todas as mulheres pertenceriam a todos os homens, evolui-se para o momento em que a genitora era o centro e a origem da família, existindo apenas o parentesco uterino, diante da certeza da maternidade e da insegurança acerca da paternidade. A teoria patriarcal, ao contrário, nega a promiscuidade sexual originária, sustentando que desde os tempos mais remotos o pai sempre foi o centro da organização familiar. Contudo, a controvérsia existente não é empecilho a que se proceda a análise da evolução da família nas nações ocidentais, principalmente, diante do reconhecimento de que a família contemporânea tem como antecedente remoto o modelo da estrutura familiar da civilização romana. Em Roma, quando do aparecimento do Estado, a família já seguia o modelo tipicamente patriarcal, tendo como expoente o *pater familias*, no qual inseria-se o princípio da autoridade do pater, de forma incontestável.

Nas formas mais antigas de matrimônio, entre os romanos, são lembrados os casamentos por compra ou troca, sob as modalidades da *coemptio* - venda simbólica da mulher ao noivo, seguindo a ritualística prevista -, e da *confarreatio* - celebração do casamento, de natureza religiosa e forma solene -, além do casamento por raptó e casamento pelo *usus*. Há notícia de que o matrimônio não foi devidamente regulamentado no Direito romano e, assim, não recebeu disciplina jurídica.

SAN TIAGO DANTAS equiparou o casamento, em Roma, à posse, como situação de fato, que deveria conjugar os elementos subjetivo e objetivo. O elemento subjetivo do casamento era a *affectio maritalis*, de difícil conceituação, mas entendido, sob o prisma externo, como sendo o tratamento dado pelo marido à esposa, associando-a à sua condição social, aos seus costumes, ao seu nome e ao seu *modus vivendi*; sob o prisma interno, íntimo do casal, era o consenso contínuo, a intenção do marido de viver com a esposa até a morte. Tal elemento anímico é de vital importância na fase atual da família contemporânea, onde os valores existenciais devem preponderar sobre qualquer outro, mormente no organismo familiar. O elemento objetivo do casamento romano era a *deductio in domum mariti*, ou seja, a transferência da mulher para a casa de seu marido.

Afora outras distinções, um dos pontos diferenciadores entre as *justa e nuptiae* e o *concubinatus* era a presença da *affectio maritalis* entre os casados, e a sua ausência entre os concubinos. Daí a razão pela qual a concubina não tinha a *honor matrimonii*, pois esta era privativa das esposas, na civilização romana.

HELOISA HELENA BARBOZA Apontou a presença do elemento subjetivo no casamento romano: a intenção de serem marido e mulher, o consenso contínuo, expresso na *affectio maritalis*. As mesmas características acerca do modelo patriarcal, e a conotação política, hierarquizada do organismo familiar, foram observadas no tocante à família primitiva grega.

- **JOÃO BAPTISTA VILLELA, JOÃO BATISTA DE OLIVEIRA CÂNDIDO, MARIA BERENICE DIAS e RODRIGO DA CUNHA PEREIRA**) tem defendido que a família não é um fato natural mas sim cultural.
- **EDUARDO DE OLIVEIRA LEITE**: palavra de origem romana e tem diversas acepções no mundo jurídico.

- CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA considera-se família o conjunto de pessoas que descendem de tronco ancestral comum.
- Mudança da família: revolução industrial, redivisão sexual do trabalho; movimento feminista; declínio da ideologia patriarcal.
- Dissociação entre sexo - casamento - reprodução = não é mais necessário sexo para reprodução e não se exige mais acasalamento para relacionamentos sexuais; a família deixa de ser núcleo de reprodução ou de fim econômico - passa a ser espaço do afeto, do amor livre, da camaradagem.

2. CONCEITO

- Art. XVI da Decl. Univ. dos Direitos do Homem: "A família é o núcleo natural e fundamental da sociedade e tem direito à proteção da sociedade e do Estado."
- Conv. Americana sobre Direitos Humanos, 1969: "A família é o elemento natural e fundamental da sociedade e deve ser protegida pela sociedade e pelo Estado."
- CF/88, art. 226: A família é considerada a base da sociedade.
- RODRIGO DA CUNHA PEREIRA: "a família é uma estruturação psíquica onde cada integrante possui um lugar definido, independente de qualquer vínculo biológico."
- RODRIGO DA CUNHA PEREIRA: A família não é um grupo natural, mas cultural, afirmando que ela é antes uma estruturação psíquica, onde cada um de seus membros ocupa um lugar, uma função. Lugar do pai, lugar da mãe, lugar dos filhos, sem entretanto estarem necessariamente ligados biologicamente. Um indivíduo pode ocupar um lugar de pai sem ser o pai biológico.
- CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA: "conjunto de pessoas que descendem de tronco ancestral comum."
- MARIA BERENICE DIAS: "nominou-se de família os relacionamentos afetivos."
- SÍLVIO DE SALVO VENOSA: "grupo de pessoas que vivem sob um mesmo teto, sob a autoridade de um titular."
- FRANCISCO FIGUEIREDO: a família é a Igreja Doméstica; "a pátria é a família amplificada".
- CARLOS ROBERTO GONÇALVES: "*Lato sensu*, o vocábulo família abrange todas as pessoas ligadas por vínculo de sangue e que procedem, portanto, de um tronco ancestral comum, bem como as unidades pela afinidade e pela adoção. A lei em geral refere-se à família como um núcleo mais restrito, constituído pelos pais e sua prole, embora esta não seja essencial à sua configuração. É a denominada pequena família."
- EDUARDO OLIVEIRA LEITE: "É o conjunto de regras aplicáveis às relações entre pessoas ligadas pelo casamento, pela união estável, pelo parentesco, pela afinidade e pela adoção. *Sentido amplo*: é o conjunto de pessoas ligadas por vínculo de sangue. *Sentido mais limitado*: abrangeria apenas os parentes sucessíveis (até o 4º grau). *Sentido restrito*: a família se reduziria aos pais e sua prole."
- RAINER CZAJKOWSKI⁷ - Família como núcleo básico e central de toda a estrutura social, onde o indivíduo recebe seu primeiro sustento e assistência, além do mais essencial de sua educação. É através da família que o indivíduo se insere na sociedade, adquire seu primeiro status e as condições necessárias para o convívio harmonioso em seu grupo.
- **FAMÍLIA ANAPARENTAL** - Família constituída sem a presença dos pais. Ex.: entre irmãos.
- **FAMÍLIA FUNCIONALIZADA** - A família tem caráter existencial, ou seja, existe para o desenvolvimento dos seus membros. Há respeito mútuo de seus componentes.
- GISELDA MARIA FERNANDES NOVAES HIRONAKA⁸ - Biológica ou não, oriunda do casamento ou não, matrilinear ou patrilinear, monogâmica ou poligâmica, monoparental ou poliparental, não importa. Nem importa o lugar que o indivíduo ocupe no seu âmbito, se o de pai, se o de mãe, se o de filho; o que importa é pertencer ao seu âmbito, é estar naquele idealizado lugar onde é possível integrar sentimentos, esperanças, valores, e se sentir, por isso, a caminho da realização de seu *projeto de felicidade pessoal*.

3. OBJETO E NOVOS RUMOS DO DIREITO DE FAMÍLIA

- EDUARDO DE OLIVEIRA LEITE:
 - a) disciplinar e regular todas as formas de relações de pessoas vinculadas entre si;

- b) estatização: manifesta ingerência do Estado nas relações familiares;
- c) retração: substituição da família patriarcal pela família nuclear;
- d) proletarização: substituição do grupo plutocrático pelas relações incidentes de salário;
- e) democratização: transformação do grupo hierarquizado em uma sociedade igualitária;
- f) desencarnação: substituição do elemento biológico pelo elemento psicológico ou afetivo;
- g) dessacralização: desaparecimento do elemento sagrado em favor do público.

4. ESTADO DE FAMÍLIA

- SÍLVIO DE SALVO VENOSA⁹ - A definição de estado de família tem grande importância, principalmente para estabelecer a capacidade e os vícios do casamento. O estado de família é um dos atributos da personalidade das pessoas naturais. É atributo personalíssimo. É conferido pelo vínculo que une uma pessoa às outras: casado, solteiro. Também pode ser considerado sob o aspecto negativo: ausência de vínculo conjugal, familiar, filho de pais desconhecidos. Esses vínculos jurídicos familiares são de duas ordens: vínculo conjugal, que une a pessoa com quem se casou, e vínculo de parentesco, que a une com as pessoas de quem descende (parentesco em linha reta), com as que descendem de um ancestral comum (parentesco colateral), com os parentes do outro cônjuge (parentesco por afinidade), além de com o parentesco adotivo.
- Desse estado de família decorrem deveres e direitos disciplinados pelo direito de família com reflexos em todos os campos jurídicos (processual, penal, tributário, previdenciário etc.).
- **INTRANSMISSIBILIDADE:** esse status não se transfere por ato jurídico, nem entre vivos nem por causa da morte. É personalíssimo, porque depende da situação subjetiva da pessoa com relação à outra. Como consequência da intransmissibilidade, o estado de família também é intransigível.
- **IRRENUNCIABILIDADE:** ninguém pode despojar-se por vontade própria de seu estado. O estado de filho ou de pai depende exclusivamente da posição familiar. Ninguém pode renunciar ao pátrio poder, agora denominado poder familiar, por exemplo;
- **IMPRESCRITIBILIDADE:** o estado de família, por sua natureza, é imprescritível, como decorrência de seu caráter personalíssimo. Não se pode adquirir por usucapião, nem se perde pela prescrição extintiva.
- **UNIVERSALIDADE:** é universal porque compreende todas as relações jurídico-familiares.
- **INDIVISIBILIDADE:** o estado de família é indivisível, de modo que será sempre o mesmo perante a família e a sociedade. Não se admite, portanto, que uma pessoa seja considerada casada para determinadas relações e solteira para outras.
- **CORRELATIVIDADE:** o estado de família é recíproco, porque se integra por vínculos entre pessoas que se relacionam. Desse modo, ao estado de marido antepõe-se o de esposa; ao de filho, o de pai, e assim por diante.
- **OPONIBILIDADE:** é oponível pela pessoa perante todas as outras. O casado assim é considerado perante toda a sociedade.

5. NATUREZA JURÍDICA DO DIREITO DE FAMÍLIA

- **DIREITO PRIVADO:** intervenção dos órgãos públicos tem caráter excepcional e não visa a realizar diretamente um interesse público; relações jurídicas entre indivíduos e para tutela de interesses individuais e não envolve diretamente uma relação entre o Estado e o cidadão.
- Apesar da forte tendência em querer classificar o direito de família como ramo do direito público, ele pertence ao direito privado, uma vez que as relações acontecem entre os particulares, não importando que as normas que o envolvem sejam cogentes e de natureza estatutária.
- O direito de família também se caracteriza por ser um direito subjetivo personalíssimo, irrenunciável e intransmissível, não podendo ser submetido à condição ou a termo.
- **DIREITO PÚBLICO:** interesse protetor do Estado; suas normas são de ordem pública, mais que o indivíduo, interessa toda sociedade; não podem ser derogadas pelo simples arbítrio do sujeito.
- É direito extrapatrimonial ou personalíssimo (irrenunciável, intransmissível, não admitindo condição ou termo ou exercício por meio de procurador).

- Suas normas são cogentes ou de ordem pública.
- Suas instituições jurídicas são direitos-deveres.
- É ramo do direito privado, apesar de sofrer intervenção estatal, devido à importância social da família.

6. PRINCÍPIOS DO DIREITO DE FAMÍLIA

- dignidade da pessoa humana (art. 1º, III da CF/88);
- tutela especial à família independente da espécie;
- pluralismo e democracia no âmbito dos organismos familiares;
- igualdade, liberdade, justiça e solidarismo nas relações familiares;
- igualdade jurídica dos cônjuges e dos companheiros (art. 226, § 5º da CF/88);
- igualdade jurídica de todos os filhos (art. 227, §6º da CF/88 e arts. 1.596 a 1.629 do CC/02);
- paternidade responsável e planejamento familiar com prevalência do melhor interesse para o menor (art. 226, § 7º CF/88, Lei 9.253/96 – responsabilidade do poder público - e art. 1.565 do CC/02);
- *affectio* nas relações familiares - conjugalidade;
- pluralismo nas entidades familiares;
- prioridade da proteção absoluta e integral da criança e do adolescente.

II) CASAMENTO

1. ORIGEM

- DE PLÁCIDO E SILVA: *matrimônio* vem do “latim *matrimonium* (casamento) - aliança, comprometimento do homem e da mulher se a usar do corpo para o fim da propagação.”
- *Matrimoniu* - *matris* + *muniu* - gravame ou cuidado que incumbia à mulher.
- Cônjuge - origem latina: *jugum*: canga ou arreio que prendia as bestas às carruagens em Roma; assim, *conjugare*: união de 2 pessoas sob a mesma canga; logo, *conjugis* refere-se àquele jungido ao mesmo jugo ou ao mesmo cativoiro.

2. CONCEITO

- Contrato civil solene que institui uma sociedade conjugal entre um homem e uma mulher.
- Para os romanos matrimônio é o ato pelo qual a mulher se liga ao homem, fazendo assim realçar a importância do seu papel, quer como propagadora da espécie, quer sobretudo como educadora da prole.
- Casamento não regula organização natural mas uma organização estruturada de caráter cultural, uma estruturação psíquica.
- LÚCIA STELLA RAMOS DO LAGO¹⁰ - SANTO AGOSTINHO foi quem elaborou a doutrina dos três bens do matrimônio: *generandi ordinatio*, *fides pudicitiae*, *connubii sacramentum*, isto é, *proles*, *fides* e *sacramentum*. *Sacramentum* significa “sinal de uma coisa sagrada” e “indissolubilidade”.
- GLANZ = união livre é a união duradoura entre homem e mulher formadora de família sem casamento.
- MODESTINO = Núpcias são a união do homem e da mulher e consórcio de toda a vida, comunicação do direito divino e humano.”
- ULPIANO = “núpcias ou matrimônio são a união do homem e da mulher; importando numa indivisível comunhão de vida.”
- VICENTO SOBRINO PORTO = “no texto, os vocábulos *nuptiae* e *matrimonium* são empregados como sinônimos; porém, em verdade, cada um deles tem significado próprio. *Nuptiae* refere-se, especialmente às cerimônias que se levavam a efeito para a criação de um vínculo legal entre os nubentes, e *matrimonium*, ao próprio vínculo.”
- PONTES DE MIRANDA = contrato de direito de família que regula a vida em comum (não só a união sexual) entre o varão e a mulher.
- LUCY NAIR = a importância primordial no casamento é a paternidade. São homens que dão seus nomes, sua situação social - na medida que esta seja hereditária - aos filhos da mulher com a qual hajam celebrado um contrato.
- SHOPENHAUER = em nosso hemisfério monógamo, casar é perder metade de seus direitos e duplicar seus deveres.
- LOCKERIDGE = um tipo de funeral no qual nós enterramos uma parte de nós mesmos.
- KANT = casamento é um acordo entre duas pessoas, com vista ao uso recíproco dos órgãos sexuais de cada um.
- ANTENOR NASCENTES: *casar* vem de *casa* e *desin, ar* - depois do matrimônio os cônjuges vão formar sua casa: quem casa quer casa.
- CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA: união de duas pessoas de sexo diferente, realizando uma integração fisiopsíquica permanente.
- SILVIO RODRIGUES: instituição em que os cônjuges ingressam pela manifestação de sua vontade, feita de acordo com a lei.
- EUCLIDES BENEDITO DE OLIVEIRA: Casamento é comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges (artigo 1.511).

- RODRIGO DA CUNHA PEREIRA: “o casamento é um contrato de família, solene e especial, entre duas pessoas, que visam uma comunhão de vidas.
- CARLOS ROBERTO GONÇALVES: Família abrange todas as pessoas ligadas por vínculo de sangue e que procedem de um tronco ancestral comum, bem como as unidas pela afinidade e pela adoção.”
- EDUARDO DE OLIVEIRA LEITE: “é o vínculo jurídico entre o homem e a mulher que se unem material e espiritualmente para constituírem uma família.”

3. CARACTERÍSTICAS E PRINCÍPIOS DO CASAMENTO

- ato pessoal, solene (pode ser por procurador) cuja vontade é o elemento essencial;
- monogâmico (art 1.521,VI CC/02);
- exige diversidade de sexo;
- permite liberdade de escolha do nubente;
- solene
- regulado por normas de ordem pública (não podem ser por convenções particulares);
- dissolubilidade (não tem cunho universal), apesar de considerado p/ alguns como união permanente;
- não comporta termo ou condição, constitui-se negócio jurídico puro e simples;
- gratuidade (CF, art. 226, § 2º);
- comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges;

4. FINS DO CASAMENTO

- ORLANDO GOMES: “dignificar as relações sexuais e constituição de uma família legítima.”;
- procriação e educação da prole;
- comunhão plena de vida (art. 1511 CC/02);
- mútua assistência e satisfação sexual;
- EDUARDO DE OLIVEIRA LEITE – Vida em comum, amor e companheirismo.

5. NATUREZA JURÍDICA DO CASAMENTO CIVIL

5.1) CONTRATO DE DIREITO DE FAMÍLIA OU *SUI GENERIS* OU ESPECIAL

- ÁUREA PIMENTEL: indisputável que o casamento é um contrato, e, como tal, é natural que possa ser desfeito, como rescindidos podem ser os contratos em geral... (p. 28)
- EDUARDO ESPÍNOLA – parece-nos, entretanto, que a razão está com os que consideram o casamento um contrato *sui generis*, constituído pela recíproca declaração dos contraentes, de estabelecerem a sociedade conjugal, base das relações de direito de família. (p. 48)
- CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA – o que se deve entender, ao assegurar a natureza do matrimônio, é que se trata de um contrato especial dotado de conseqüências peculiares, mais profundas e extensas do que as convenções de efeitos puramente econômicos, ou contrato de Direito de Família, em razão das relações específicas por ele criadas. (p. 36)
- CLÓVIS BEVILÁQUA – O casamento é um contrato. Não têm fundamento os escrúpulos daqueles juriconsultos, que se recusam a ver, no casamento, essa feição contratual, que, certamente, não existia nos rudes tempos primitivos, porém, que se lhe não pode negar, desde que tomou por base o consenso dos cônjuges, desde que estes, livremente, assumiram os encargos decorrentes da sua união. ... Não se confunde com os outros contratos, por seu objeto, por seus fins, por sua natureza social, que domina o arbítrio dos indivíduos: mas é o resultado do acordo de duas vontades, que, livremente, concorrem para a criação de direitos e deveres recíprocos, direitos e deveres em relação à prole, direitos e deveres para com a sociedade. (p. 518).
- SILVIO RODRIGUES – Instituição em que os cônjuges ingressam pela manifestação de sua vontade, feita de acordo com a lei. Daí a razão pela qual, usando de uma expressão já difundida, chamei ao casamento contrato de direito de família, almejando, com esta expressão, diferenciar o contrato de casamento dos outros contratos de direito privado. (p. 19)

- EDUARDO DE OLIVEIRA LEITE – Contrato *sui generis* ou de feição especial ou de direito de família porque a tão-só manifestação de vontades é insuficiente a inseri-lo no mundo jurídico. (p. 23)
- INÁCIO DE CARVALHO NETO – Tanto no casamento-fonte como no casamento-estado há elementos institucionais e contratuais. Em suma, em nosso modo de ver, o casamento é um contrato de direito de família, ou seja, um misto de contrato e instituição, um contrato especial, com regras próprias, regidas pelas regras cogentes do Direito de Família (não pelo Direito das Obrigações). (p. 34)

5.2) INSTITUIÇÃO

- RAINER CZAJKOWSKI – quando se casam os cônjuges aderem e se submetem aos efeitos pessoais que a lei imperativamente outorga ao casamento; eles não contratam estes efeitos. A fidelidade, a assistência moral, as responsabilidades extrapatrimoniais em face dos filhos, por exemplo, não são disponíveis para as partes, nem poderiam ser. (p. 104)
- KELSEN – HENRI DE PAGE - casamento como uma instituição, o que significa afirmar que ele constitui um conjunto de regras impostas pelo Estado, regras estas que formam um todo e às quais as partes têm apenas a faculdade de aderir. (p. 634-635)
- WASHINGTON DE BARROS – casamento é uma instituição. Reduzi-lo a simples contrato será equipará-lo a uma venda ou uma sociedade, relegando-se para segundo plano suas nobres e elevadas finalidades. (p. 13)
- MARIA HELENA DINIZ – por ser o matrimônio o mais importante das transações humanas, uma das bases de toda constituição da sociedade civilizada, filiamo-nos à teoria institucionalista, que o considera com uma instituição social. (p. 38).
- ARNALDO RIZZARDO – É instituição porque elevado à categoria de um valor, ou de uma ordem constituída pelo Estado. É um ente que engloba uma organização e uma série de elementos que transcendem a singeleza de um simples contrato. ... O casamento, entretanto, não se resume a um rol de direitos e obrigações de cunho patrimonial ou econômico. Prevalecem os elevados interesses pessoais e morais que o impregnam. Fator determinante de sua celebração: *affectio maritalis*, ou o amor que une os esposos. (p. 31-34)

5.3) ECLÉTICO

- PLANIOL, RIPERT, ROUAST – a só concepção que corresponde à realidade das coisas é uma concepção mista: o casamento é um ato complexo, ao mesmo tempo contrato e instituição, o mesmo que, em nosso antigo direito, era considerado por nossos antigos autores como sendo a um só tempo um contrato e um sacramento. (p. 57)
- LUCIA STELLA RAMOS DO LAGO – como salienta VASSALI, no direito moderno, ao lado do negócio jurídico ‘matrimônio’ (ato que dá início ao estado de marido e de mulher), há a relação jurídica ‘matrimônio’ (o próprio estado de marido e mulher). Em conseqüência, o ato inicial, negócio jurídico ‘matrimônio’ e a relação jurídica ‘matrimônio’ ou status de cônjuge são nitidamente distintos. Do ato inicial – em que o homem e a mulher, observadas as solenidades legais, manifestam à autoridade competente a vontade de se casarem, surge o status de cônjuge que os vincula (independentemente de terem, ou não, vida em comum, e de quererem, ou não, continuar casados) até à morte de um deles ou, nos países que o admitem, até o divórcio. (p. 22)
- SILVIO VENOSA – em uma síntese das doutrinas, pode-se afirmar que o casamento-ato é um negócio jurídico; o casamento-estado é uma instituição. (p. 37)
- GISELDA MARIA FERNANDES NOVAES HIRONAKA – “a teoria eclética, que congraça as duas idéias anteriormente vistas, considerando o casamento como contrato em sua formação, por se originar do acordo de vontades e instituição em sua duração, pela interferência do Poder Público e pelo caráter inalterável de seus efeitos. Esta teoria, pois, distingue o casamento-fonte do casamento-estado. O primeiro tem natureza contratual e, o segundo, natureza institucional, vez que as regras que governam os esposos durante a união conjugal são fixadas imperativamente pelo Poder Público, não podendo o casal modificá-la.” (p. 10)
- MARIA BERENICE DIAS – A idéia de negócio de direito de família seja a expressão que melhor sirva para diferenciar o casamento dos demais negócios de direito privado. Ainda que o casamento não faça surgir apenas direitos e obrigações de caráter patrimonial ou econômico, não se pode negar que decorre de um acordo de vontades. É uma convenção individual, devido ao seu caráter de consenso espontâneo e ao pressupostos exigidos para que as pessoas o possam contrair.

6. PRINCIPAIS INOVAÇÕES NO CC/02 PARA O CASAMENTO

- art. 1.511 - o casamento estabelece comunhão de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges;
- art. 1.512 - gratuidade da celebração do casamento e, com relação à pessoa pobre, também da habilitação do casamento e, 1^a certidão;
- art. 1.516 - facilitação do registro civil do casamento religioso; neste ponto, parece que não é o que efetivamente aconteceu na nova lei porque foi dificultado na medida em que seu registro tem legitimação restrita ao celebrante, e no caso de pedido por qualquer interessado, tem que haver homologação prévia da habilitação; e ainda, o prazo para registro tornou-se, por disposição de lei, decadencial;
- art. 1.517 - redução da capacidade matrimonial do homem para 16 anos;
- art. 1.517, parágrafo único e art. 1.631 - não prevalece vontade do pai ou do guardião no casamento do menor, para o qual exige-se o consentimento de ambos os genitores;
- art. 1.520 - pode haver o casamento de quem não atingiu a idade núbil em razão também de gravidez;
- art. 1.521 - redução dos impedimentos matrimoniais, catalogando apenas os dirimentes absolutos;
- parágrafo único do art. 1.521 - omissão do casamento de colaterais de 3^o grau, que deverá ser remediada pela introdução de parágrafo único no art. 1.521;
- art. 1.523 - causas suspensivas do casamento, em lugar dos antigos impedimentos impedientes ou meramente proibitivos;
- parágrafo - possibilidade de pedir ao juiz a não aplicação de causa suspensiva do casamento;
- art. 1.526 - exigência de homologação da habilitação matrimonial pelo juiz;
- art. 1.541 e 1.542 § 2^o - ampliação do prazo que antes era de 5 (cinco) para os agora 10 (dez) dias para a comunicação do casamento nuncupativo pelas testemunhas, permitida usa celebração por procuração outorgada pelo nubente saudável;
- art. 1.542 - casamento por procuração recebeu tratamento minucioso e com várias alterações;
- art. 1.544 - modificou os arts. 204 do CC/16 e 32 da LRP.
- art. 1.565 e 1.567 - desaparecimento da figura do chefe de família, em decorrência da igualdade dos cônjuges, aos quais compete a direção da sociedade conjugal;
- § 1^o, do art. 1.656 - possibilidade de adoção do sobrenome do outro por qualquer dos nubentes.

-
- ¹ TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil p. 20.
- ² SZANIAWSKI, Elimar. Limites e possibilidades do direito de redesignação do estado sexual. Página 26.
- ³ CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. O princípio da dignidade da pessoa humana nas Constituições abertas e democráticas.
- ⁴ SARMENTO, Daniel. A ponderação de Interesses na Constituição. Página 72.
- ⁵ TAVARES, José de Farias. *Direito da infância e da juventude*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 60/61.
- ⁶ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Direito de Família brasileiro*. Introdução – Abordagem sob a perspectiva civil-constitucional. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2001, p. 16.
- ⁷ CZAJKOWSKI, Rainer. *União livre*. Curitiba: Juruá Editora, 1997, p. 23.
- ⁸ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Casamento e regime de bens. *Aspectos controvertidos do novo Código Civil*. Coords. Arruda Alvim, Joaquim Portes de Cerqueira César e Roberto Rosas. São Paulo: RT, 2003, p. 252.
- ⁹ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil – Direito de Família*. 3ª ed. São Paulo: Editora Atlas S/A, 2003, p. 32.
- ¹⁰ LAGO, Lucia Stella Ramos do. Separação de fato entre cônjuges. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 32