

A FAMÍLIA NO DIREITO ROMANO E NO DIREITO PORTUGUÊS

Márcia Ribeiro de Oliveira

Escola Superior de Gestão do Instituto Politécnico do Cávado e do Ave, Portugal.
marciaoliveira@ipca.pt

Resumo

Objetivo: Breve análise da conceção de família à luz do direito romano e do direito civil português contemporâneo.

Metodologia: Recorreu-se ao método jurídico descritivo através de instrumentos qualitativos com delineamentos transversais correlacionais/causais que incluem textos didáticos e legislativos

Resultados: A família romana difere da família contemporânea regulada pelo Direito Civil Português em pelo menos três pontos essenciais: primeiro, na forma da célula familiar; segundo, no momento da aquisição da capacidade jurídica e terceiro no papel atribuído e reconhecido à mulher no casamento e na vida social. Releva, do ponto de vista da célula familiar alargada, a existência do *paterfamilias* que era o chefe da família romana. A mulher estava numa posição de fragilidade e de desigualdade, quer por via do casamento quer na vida social. A configuração da família no direito civil português depara-se com novas configurações derivadas das novas realidades afetivas e sociais, sendo muito difícil designar de forma simples o que se entende por família à luz da contemporaneidade.

Contributo: Para a compreensão de que a conceção de família não é estática e encontra-se intimamente ligada às sucessivas evoluções históricas. A família não pode, nem consegue, abstrair-se das constantes mutações que a sociedade sofre, antes tende de adaptar-se às novas realidades que vão surgindo. A mudança de padrão não quer dizer necessariamente que a família esteja em crise ou rutura, quer unicamente dizer isso mesmo, que está a mudar.

Palavras-chave: Casamento. Família. Filhos. Mulher. *Paterfamilias*.

The family in Roman law and Portuguese law

Abstract

Objective: Brief analysis of the concept of the family in the light of Roman law and contemporary Portuguese civil law.

Methodology: The descriptive legal method was applied by means of qualitative instruments with overarching correlational/causal delimitations that include didactic and legislative texts.

Results: The Roman family differs from the contemporary family regulated by Portuguese civil law in at least three main ways: first, in the form of the family cell; second, in the timing of the acquisition of legal capacity; and third, in the role attributed and recognised to women in marriage and social life. From the perspective of view of the extended family cell, the existence of the *paterfamilias*, who was the head of the Roman family, is significant. The woman was in a position of weakness and inequality, whether through marriage or in social life. The configuration of the family in Portuguese civil law is confronted with new configurations resulting from new affective and social realities, and it is very difficult to determine in a simple way what is meant by family in the light of contemporaneity.

Contribution: To understand that the concept of family is not static and is closely linked to successive historical developments. The family cannot and must not detach itself from the constant changes in society undergoes, but must adapt to the new realities that emerge. The changing pattern does not necessarily mean that the family is in crisis or breaking up, it just means that it is changing.

Keywords: Marriage. Family. Children. Paterfamilias. Woman.

INTRODUÇÃO

A análise da família à luz do direito romano e do direito civil português contemporâneo é o desafio deste artigo. Escolhemos três aspetos distintivos entre os dois regimes e relativamente aos quais nos vamos debruçar: primeiro a forma da célula ou unidade familiar; segundo, o momento da aquisição da capacidade jurídica, e terceiro a posição da mulher nesta realidade complexa.

Na primeira parte deste trabalho apresentaremos a família romana centrada na autoridade do *paterfamilias* explicando o que este conceito significava em termos jurídicos e de facto, desenhando um quadro do que foi a família no império romano e do papel do imperador em relação à existência dos laços familiares, o casamento, a filiação e a maioridade.

Na segunda parte, a família à luz do direito civil português fazendo uma breve referência à evolução deste regime legal nas últimas décadas, até chegar ao modelo da família contemporânea.

A conceção de família não é estática e encontra-se intimamente ligada às sucessivas evoluções históricas. A família não pode, nem consegue, abstrair-se das constantes mutações que a sociedade “sofre”, antes tende a adaptar-se às novas realidades que vão surgindo. Conforme refere, e bem, em nosso entendimento, a autora MARIA ENGRÁCIA LEANDRO¹, devemos olhar para a família com uma lente distanciada do seu elemento histórico, ou seja, devemo-nos abstrair de conceções pré-formatadas de família, olhando antes para ela como uma “instituição flexível e persistente” reconfigurada para os dias de hoje. A mudança de padrão não quer dizer necessariamente que a “família” esteja em crise ou rutura, quer unicamente dizer isso mesmo, que está a mudar.

1. A FAMÍLIA ROMANA

Nas palavras de ULPIANUS, “A palavra família refere-se também a um grupo de pessoas unidas por um direito de relação especial (...) o conjunto de pessoas que se encontram sob o mesmo poder (...) Chama-se *paterfamilias* o que tem o domínio da casa”². Esta conceção de família tem na sua base um vínculo jurídico, denominado agnatício, que une as pessoas que se encontram juridicamente submetidas ao poder de um chefe, do *paterfamilias*. Daí também poderemos designar esta família por família agnatícia,³ tendo sido este o modelo da família nuclear romana por longo tempo.

Contudo, e fruto de uma incessante intervenção do pretor e da atividade legislativa, que ia colocando a conceção da família romana em sintonia com as novas realidades emergentes,

¹ LEANDRO, M. E. (2006). “Transformações da família na história do Ocidente”, *Theologica*, 2ª Serie, 41, 1, 1, 51–74.

² D. 50,16, 195,2 *Apud* SANTOS JUSTO, A., *Manual de Direito Privado Romano*, 3ª Edição, Petrony, Lisboa, 2021, p. 369.

³ SANTOS JUSTO, A., *Manual de Direito Privado Romano*, 3ª Edição, Petrony, Lisboa, 2021, p. 369.

resultado das novas concepções cristãs repletas de ética, assistimos a uma aproximação da concepção da família romana à família dos nossos dias, desta feita, cunhada pelo vínculo sanguíneo. É a denominada família natural, também designada por cognatícia, e que assumiu o lugar da primeira.

A explicação quanto à origem da família romana não é de todo pacífica. A este respeito SANTOS JUSTO refere que “se a evolução se pode explicar por novos ambientes sociais e religiosos que favoreceram o desenvolvimento da família natural (ou cognatícia) e deram aos termos romanos *patria potestas*, *adoptio e emancipatio*, *pater*, *tutor*, *curator*, etc., um novo significado, não têm faltado explicações sobre a singularidade estrutural que a caracterizou”⁴, sustentando esta ideia na doutrina desenvolvida por BONFANTE, que defende que a família romana surgiu sobretudo para satisfação de uma finalidade essencialmente política, nomeadamente, acautelar a ordem interna e defender os seus membros externamente. Assim se justifica a existência de determinados princípios, nomeadamente: apenas se pode pertencer à família paterna, excluindo-se a materna; a existência de um único chefe a quem todos os outros elementos da família obedecem – o *paterfamilias*, que assumia igualmente as funções de sacerdote da única religião permitida; o reconhecimento de apenas um conjunto de bens que constituem o património independente; a existência de um único tribunal doméstico; o herdeiro (*heres*) sucede somente na soberania do grupo familiar, mas não no património⁵.

No mesmo sentido, CABRAL MONCADA, acentua o carácter político que a família revestia, considerando que a mesma constituía um “verdadeiro estado em ponto pequeno”. Refere ainda que “o parentesco (agnação, *agnatio*) era nela, não tanto um vínculo de pura consanguinidade, mas uma vínculo simultaneamente de consanguinidade só por linha masculina, religioso e de sujeição política dos seus membros a um chefe único que era um chefe absoluto, o *pater* ou *paterfamilias*”⁶.

Conforme se pode depreender das visões enunciadas, a figura feminina é totalmente inexistente. Neste contexto, as mulheres tinham um estatuto inferior dentro da família romana em relação aos homens e, portanto, eram mais afetadas nas relações domésticas relativamente ao *paterfamilias*. Por outras palavras, o elemento mais fraco no contexto familiar em Roma, era constituído pelas mulheres, não gozando estas de muita consideração, vistas como pessoas de parca capacidade, devendo dedicar-se única e exclusivamente a cuidar da casa, cuidar do marido e à procriação dos filhos, em cuja educação intervinham, apenas, na mais tenra infância⁷, uma vez que a sua condição natural de mulheres não as tornava dignas de educar os filhos para o futuro, sobretudo os varões⁸, que se destinavam às mais altas esferas do poder público do Estado Romano da época.

Desta forma, as mulheres deveriam comportar-se dentro da família de acordo com os cânones da mais estrita moral romana estabelecida, se quisessem evitar ser processadas pelo seu comportamento ou punidas pelos seus desvios de conduta e, nesses casos, era frequente assistir-se a julgamentos familiares levados a cabo pelo *paterfamilias*, que exercia a sua *auctoritas* não apenas sobre elas, mas também sobre os homens que cometessem atos considerados graves e

⁴ SANTOS JUSTO, A., *Op. Cit.*, p. 370.

⁵ *Idem*.

⁶ CABRAL MONCADA, L., *Elementos de História do Direito Romano*, Coimbra Editora, Lda., Coimbra, 1923, p. 28.

⁷ DE LEÓN LÁZARO, G., *La educación en Roma* in *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, 46, 2013, p. 473.

⁸ MARROU, H-I., *Historia de la educación en la antigüedad*, trad. Española, Barja de Quiroga, Y., Madrid, Editorial Akal, 1985, pp. 304-305, que confirma a necessidade de uma melhor educação dos homens antes da sua incorporação na vida pública romana, uma tarefa confiada pelo pai a outro homem.

dignos de punição, uma vez que também estes poderiam ser submetidos à estrutura fortemente hierarquizada da família da época, presidida pelo seu *pater*.

Nas palavras de SANTOS JUSTO, o conceito de *materfamilias* traduz um título meramente honorífico, desprovido de qualquer valor jurídico, representando na vida social a figura da esposa ou da mãe, sendo consideradas incapazes para a gestão familiar, papel esse assumido apenas pelo *paterfamilias*⁹.

A família romana tem uma série de características que a tornam única e diferente das restantes comunidades familiares da época¹⁰.

Conforme já atrás referimos, podemos definir a família romana como uma organização jurídica que agrega uma multiplicidade de pessoas que se encontram submetidas ao poder do chefe de família designado por *paterfamilias*. Todos os membros da família estavam sujeitos ao seu poder, assumindo este a autoridade máxima dentro da família¹¹. Esta autoridade era traduzida por um conjunto amplo de poderes que aquele exercia sobre todos os elementos da sua família, denominado por *manus*, que traduz o símbolo do poder e da força¹², cuja expressão máxima era representada pelo direito de vida e de morte que ele detinha sobre os seus filhos, *ius vitae necisque*¹³, e cuja previsão se encontrava na Lei das XII Tábuas para filhos com deformação¹⁴.

A família agnática, *proprio iure dicta*, era composta pelo conjunto de pessoas sujeitas à autoridade do *pater*, os *alieni iuris*¹⁵, fossem estes sujeitos por via dos laços de sangue, como os filhos nascidos no casamento legítimo, o fossem por via de uma relação jurídica, como a estabelecida pelo *pater* quando se casa com uma mulher, desde que a forma de casamento escolhida fosse *in manu*¹⁶, única forma existente na época romana arcaica, e que se traduzia na submissão total daquela ao poder marital, ou o fossem por via da *adrogatio* ou *adoptio*¹⁷. A primeira traduz-se no acto através do qual o *paterfamilias* se sujeita à autoridade de outro, tornando-se aquele *alieni iuris* e *filius -familias* do *adrogator*, como se tivesse nascido naquele seio familiar. A segunda, a *adoptio*, consiste no ato jurídico em virtude do qual, um *alieni iuris* estranho ingressa numa família com o estatuto de filho, neto ou bisneto, afastando-se, assim, da sua família originária e, consequentemente, perdendo todos os seus direitos.

Denominador comum e transversal às diversas formas de constituição daquele vínculo jurídico, traduz-se no facto de todas aquelas pessoas estarem sujeitas ao poder do mesmo *paterfamilias*. Tendencialmente, este vínculo assumia um carácter perpétuo, cessando, natural e originariamente, com a morte daquele ou da pessoa que a ele estava sujeita, tornando-se os seus filhos e filhas *sui iuris*. Quando aquele morre, a família divide-se em tantas famílias quantos os

⁹ SANTOS JUSTO, A., *Op. Cit.*, p. 372.

¹⁰ SALLER, R. P., "Familia, Domus", and the Roman Conception of the Family, em *Phoenix*, 38, No. 4, 1984, pp. 336-355; FERNÁNDEZ VAQUERO, M. E., Definición jurídica de la familia en el derecho romano, em *Revista de Derecho UNED*, 10, 2012, pp. 147 ss.

¹¹ ASTOLFI, R., *Il matrimonio nel diritto romano preclassico*, Pádua, Editorial CEDAM, 2000, p. 45, explica a importância das *paterfamilias* para proteger os interesses familiares.

¹² SANTOS JUSTO, A., *Op. Cit.*, p. 372.

¹³ AMUNÁTEGUI PERELLÓ, C., *El origen de los poderes del Paterfamilias I: El Paterfamilias y la Patria potestas*, in *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, 28, 2006, p. 47.

¹⁴ SANTOS JUSTO, A., *Op. Cit.*, p. 373.

¹⁵ GUTIÉRREZ-ALVIZ, F., *Diccionario de Derecho Romano*, 3ª ed., Madrid, Editorial Reus, 1982, p. 61.

¹⁶ PÉREZ, GEMA VALLEJO, Métodos Alternativos de Resolución de Conflictos en Derecho Romano. Especial Referencia a la Mediación. Dykinson, SL, Madrid, 2018 Apud FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Reflexiones a propósito de la realidad social, la tradición jurídica y la moral cristiana en el matrimonio romano*, in *Derecho, Sociedad y Familia: Cambio y Continuidad*, Madrid, Universidad Autónoma de Madrid, Boletín Oficial del Estado, 2007, p. 38.

¹⁷ DÍAZ-BAUTISTA CREMADES, A./ BAELO ÁLVAREZ, M., *Historia, significación y utilidad sociojurídica de la adrogatio y la adoptio en Roma*, em *Vergentis* 3, diciembre 2016, pp. 247-268.

filhos (homens) que se tornam *paterfamilias* ou *sui iuris*¹⁸. No que à mulher se refere, ainda que a mesma se tornasse *sui iuris*, não constituía família, na aceção romanista, uma vez que a mesma não poderia ser *pater* nem pertencer a outra família, ficando assim numa posição isolada, tornando-se assim na cabeça e fim de sua própria família, nas palavras de ULPIANO que se encontram no Digesto “*Mulier autem familiae suae et caput, et finis est*”¹⁹.

No contexto da conceção jurídica patriarcal, o sexo era um fator determinante para a distinção entre o homem e a mulher, com claro prejuízo para esta última.

No caso em particular das mulheres, elas poderiam ser *alieni iuris*, dependentes e, como tal, sujeitas à vontade do *paterfamilias*, ou gozar da posição jurídica de *sui iuris*, mais favorável, pelo menos aparentemente, uma vez que pressupunha um maior grau de liberdade, embora, de uma forma camuflada, uma vez que carecia sempre da assistência de um homem, neste caso designado tutor, para lhe conferir a sua autorização prévia a qualquer ato jurídico relevante praticado por uma mulher *sui iuris*.

Logo, a mulher *alieni iuris, filiaefamilias*, carecia de toda liberdade²⁰, porque estava sujeita ao poder de seu pai, o *paterfamilias*, e o seu *status* familiar não mudava com a morte do *pater*, pois continuava a ser *filiaefamilias*²¹. Se atentarmos à condição da mulher única e exclusivamente sob a lente da legislação antiga, a mesma é descrita com as palavras mais sombrias, conforme e bem nos relata FRANCIOSI:

Il marito è giudice della própria moglie; il suo potere non há limiti: se essa ha commesso qualche fallo, la punisce; se há bevuto vino o se há relazioni com un altro uomo la condanna. Se l'uomo coglie la moglie in flagrante adulterio può ucciderla impunemente. Nel caso di adulterio del marito, invece, la donna osi toccarlo seppure com um dito, perche non ne ha il diritto²².

Contudo, este contexto, típico do Direito Romano clássico, é visivelmente modificado no direito pós-clássico, pois a relevância que o vínculo consanguíneo começa a assumir traduzirá a assimilação dos filhos independentemente de seu sexo, até chegar à era justiniana, em que a legislação do imperador coloca as mulheres numa posição manifestamente melhor do que aquela em que se encontrava nos séculos anteriores, com um nível de independência que lhe confere o poder de dispor dos seus bens, contrair obrigações para si e, até responder por elas, em ações que antes não poderiam ser dirigidas contra uma mulher²³. A *mater* está para este parentesco como o *pater* está para a *adgnatio*²⁴.

¹⁸ SANTOS JUSTO, A., *Op. Cit.*, p.391.

¹⁹ D. 50, 16, 195,5.

²⁰ HERRERA BRAVO, R., SALAZAR REVUELTA, M., SALAZAR REVUELTA, A., **La condición de la mujer en la represión del adulterio en derecho romano y su recepción histórica**, in *Experiencias Jurídicas e Identidades Femeninas*, RODRÍGUEZ LÓPEZ, R./BRAVO BOSCH, M. J. (Eds.), Madrid, Editorial Dykinson, 2011, p. 186, em que salientam o abismo entre a *paterfamilia* e a mulher.

²¹ IGLESIAS, J., **Derecho Romano**, Madrid, Ariel, 1999, 12ª ed., p. 333, onde acrescenta que as mulheres não podem ser arrogadas, "uma vez que nem a morte do seu pai as liberta de continuar na condição de *filiaefamilias*, e quando o antigo poder exercido sobre elas deu lugar à tutela, a sua situação era semelhante à dos impúberes".

²² FRANCIOSI, Genaro. *Famiglia e persone in Roma antica dall'età arcaica al principado*, p. 33, cf. DION. ALICARNASO, 2,25, *Apud BONFANTE*, Pietro. **Corso di diritto romano**, p. 78.

²³ Tal consideração encontra-se, por exemplo, numa constituição contida no Código de Justiniano, C. 6.28.4.1, na qual se estabelece a igualdade e equidade em todos os assuntos relacionados com a deserção de crianças, uma vez que agora tanto os filhos como as filhas devem ser deserçados **nominativamente**, nominalmente, de modo a que as filhas preteridas e esquecidas deixem de sofrer as consequências, porque devem ser nomeadas para serem deserçadas.

²⁴ SANTOS JUSTO, A., *Op. Cit.*, p. 391.

Na última etapa republicana, já se percebe o declínio da família agnática, pela sua artificialidade e pelas consequências arbitrárias que acarretava no quadro familiar e hereditário, de modo que a *conventio in manum* perde o sentido e aos poucos desaparece²⁵.

As mulheres, na época imperial²⁶, depararam-se com profundas mudanças sociais e jurídicas, e que, de um certo modo, até se mostraram mais favoráveis à sua condição. Contudo, e apesar de a sua situação jurídica ainda se manter no registo da subalternidade face à supremacia masculina, própria da cultura romana, o mesmo foi-se atenuando, e a clara submissão de tempos anteriores, dá lugar a uma nova forma de compreender a capacidade e condição femininas.

A sustentar esta mudança, veja-se a título exemplificativo, a *tutela mulierum*²⁷, um mecanismo legal destinado a monitorizar a conduta das mulheres, atenta a sua considerada ligeireza de espírito e capacidade limitada²⁸, o que pressupunha a existência de uma supervisão por parte do tutor para endossar todos os atos jurídicos em que a mesma tivesse de intervir, desapareceu precisamente nessa época. As razões apontadas para a sua existência já eram fortemente contrariadas na época clássica, conforme se pode ler em GAIUS:

O que vulgarmente se crê de que geralmente são enganadas pela ligeireza do seu espírito (...) é uma razão mais aparente do que verdadeira, pois as mulheres adultas tratam dos seus negócios por si mesmas e há casos em que o tutor interpõe a sua autoridade por mero formalismo e frequentemente forçado pelo pretor, também autoriza atos contra a sua vontade.²⁹

O Imperador Augusto foi um forte impulsionador e defensor da liberdade das mulheres³⁰, tendo reconhecido nelas uma capacidade muito superior à reconhecida até então.

No entanto, a sociedade já à época e a par do que acontece hodiernamente, também evoluiu. Uma evolução natural, determinada pelos mais variados fatores, onde o tempo assume uma função de relevo nos costumes, instituições, ambientes e, conseqüentemente, no próprio homem, numa natural dinâmica. Assim, a atuação do pretor, associada a uma cada vez mais premente atividade legislativa movida por influências sociais e políticas, ditam o início da decadência da antiga família agnática, *família próprio iure*, impondo uma conceção da família romana mais sintonizada com a realidade da época e mais aproximada àquela que viria a ser a realidade dos nossos tempos. SANTOS JUSTO³¹, respirando do pensamento jurídico da Escola Histórica Alemã, refere: “Constituindo o direito parte da cultura de um povo e sendo esta eminentemente dinâmica, as instituições jurídicas não podem deixar de evoluir, têm necessariamente história.”

A família romana sofre assim uma profunda alteração. De uma conceção assente num agrupamento de pessoas ligadas entre si pelo facto de estarem sujeitas ao poder ilimitado e indiscriminado do *pater*, forma-se uma nova consciência, desta feita assente numa comunidade de pessoas unidas, sobretudo, pelo laço do sangue. De um vínculo jurídico (agnático) passamos para um vínculo de sangue (cognático), tendo aquele sido, finalmente, abolido, no direito justiniano, tendo a família natural se assumido totalmente, sendo agora o casamento a constituir o

²⁵ GUTIÉRREZ-ALVIZ, F. *Diccionario de Derecho Romano*, op. cit., s.v. *Adgnatio*, p. 44.

²⁶ MAÑAS NÚÑEZ, M., *Mujer y sociedad en la Roma imperial del siglo I*, na NORBA. *Revista de Historia*, 16, 2003, p. 191. 191.

²⁷ CANTARELLA, E., *La calamidad ambigua*, Madrid, Ed. Clásicas, 1991, p. 209, onde dá conta da diferença entre géneros em termos de capacidade de acção na era republicana.

²⁸ SANTOS JUSTO, A., *Op. Cit.*, p. 467.

²⁹ GAIUS, 1, 190, *Apud* SANTOS JUSTO, A., *Op. Cit.*, p. 467.

³⁰ EVERITT, A., *Augusto, o primeiro imperador*, trans. LOBO, A., Barcelona, Ed. Ariel, 2008, p. 282.

³¹ SANTOS JUSTO, A., *Op. Cit.*, p. 14-15.

núcleo da família, em clara oposição à antiga prevalência da família agnática do parentesco civil³².

O casamento *sine manu*³³, forma mais evoluída do que a anterior (*cum manu*), em que a mulher mantém os seus vínculos com a família de origem³⁴, supõe uma nova forma de estruturação familiar em Roma, na qual a mulher, caso não dependa de ninguém, é considerada *sui iuris*³⁵, parecendo até atingir maiores níveis de independência. Porém, na realidade, tal liberdade é diminuída, ou até mesmo limitada, pela submissão à *tutela mulierum*³⁶, instituto jurídico que exige a *auctoritas* obrigatória de um tutor antes de certos atos jurídicos da mulher³⁷, o que explica a escassa autonomia feminina alcançada³⁸, uma vez que a mesma gozava de uma liberdade condicionada.

A criação da *tutela mulierum*³⁹ não traduz qualquer preocupação de proteção contra qualquer abuso relativamente a atos jurídicos que possam ser praticados pelas mulheres, antes sim, a intenção de criar um mecanismo apto a controlar e limitar a suposta autonomia e independência da mulher, com reflexos ao nível do exercício da sua capacidade de exercício, a coberto de uma suposta proteção exercida pelo guardião designado. Conforme refere SANTOS JUSTO, restava a extinção formal cuja data precisa se ignora⁴⁰. Nos novos tempos a realidade ultrapassa a legislação distorcida e torna a tutela um instrumento jurídico obsoleto, fortalecendo substancialmente a capacidade de atuação da mulher⁴¹.

Sem base para se converter num dever, esta forma arcaica de proceder foi sendo superada e a mulher progressivamente libertada da necessária *auctoritas* de seu tutor⁴².

Vimos as particularidades mais importantes relacionados com a família romana, produtoras de efeitos legais sobre os sujeitos que integram o seu núcleo. Trata-se, sem margem para dúvidas, de uma síntese que nos permite ter uma melhor perceção das relações familiares na Roma antiga, em clara correspondência com a evolução lógica vivida no seio da família romana, a conceção agnática da família, com o *cum manu* matrimonial e a sujeição dos membros da família ao poder do *paterfamilias*, começou a ser questionada nos últimos tempos da República,

³² Cfr. BRAVO BOSCH, M. J., IGLESIAS CANLE, I., *Mujer e Igualdad desde el derecho romano hasta la actualidad: especial referencia al ordenamiento jurídico español*, op. cit., p. 67.

³³ PAOLI, U. E., *URBS. Life in Ancient Rome*, R.D. MacNaghten (Translator), Bristol Classical Press, Bristol, 1996.

³⁴ BRAVO BOSCH, M. J., *Mujeres y símbolos en la Roma republicana, Análisis jurídico-histórico de Lucrecia y Cornelia*, Dykinson, SL, Madrid, 2017, p. 45.

³⁵ SANZ MARTÍN, L., *Fundamentos doctrinales en torno a la tutela mulierum. Naturaleza y esencia de la tutela mulierum*, en *Revista General de Derecho Romano*, 12, 2009, p. 6.

³⁶ Vide sobre a *tutela mulierum* y la clasificación habitual en tres tipos, tutela testamentaria, legítima y dativa en: SANZ MARTÍN, L., *Estudio y comentario de las diferentes clases de tutela mulierum a tenor de lo referido en las fuentes jurídicas romanas. Funciones y responsabilidad del tutor mulierum*, en *Revista General de Derecho Romano*, 15, 2010, pp. 4 ss.

³⁷ IGLESIAS, J., *Derecho Romano*, 12ª ed., Barcelona, Editorial Ariel, 1999, p. 36.

³⁸ A este respeito, ver ORTUÑO, M. E., *Una limitación de la capacidad patrimonial de la mujer en el ámbito sucesorio: la Lex Voconia*, em *Mulier. Algunas Historias e Instituciones de Derecho Romano*, RODRÍGUEZ LÓPEZ, R./BRAVO BOSCH, M. J., Madrid, Editorial Dykinson, 2013, pp. 452-453, onde explica claramente o contexto histórico do segundo século a.C. ao analisar a *Lex Voconia*, limitando a capacidade de sucessão das mulheres.

³⁹ BRAVO BOSCH, M. J., *Mujeres y símbolos en la Roma republicana*, op. cit., pp. 41 ss., onde analisa em pormenor a instituição do *tutela mulierum*.

⁴⁰ SANTOS JUSTO, A., Op. Cit., p. 470.

⁴¹ TELLEGEN, O., *Tutela mulierum*, em *Mulier. Algunas historias e Instituciones de Derecho Romano*, R. RODRÍGUEZ LÓPEZ, M.J. BRAVO BOSCH, Editores. Madrid, Ed. Dykinson, 2013, p. 417.

⁴² BRAVO BOSCH, M. J., *Levitas animi*, em *GLOSSAE. European Journal of Legal History* 14, 2017, p. 1012.

tendo como principal reflexo a atenuação do carácter absoluto do poder do *paterfamilias*⁴³, que já não gozará de tal prerrogativa relativamente àqueles que compõem a unidade familiar.

2. A FAMÍLIA NO DIREITO CIVIL PORTUGUÊS

A família, é um “elemento fundamental da sociedade”⁴⁴, que não pode nem deve ficar refém de um modelo estereotipado, enraizado numa determinada realidade histórica que em nada se coaduna com a realidade atual. Neste sentido, o séc. XIX determina o início, por toda a Europa, de uma mudança de paradigma no que ao casamento, como fonte de relações familiares, diz respeito. As uniões oficiais, com um objetivo predominantemente económico e reprodutivo, eram determinadas pelos grupos a que os noivos pertenciam, devendo estes respeitar as suas regras e exigências do grupo a que pertenciam. O casal, individualmente, praticamente não existia. Era o denominado “casamento aliança”⁴⁵.

A nova cultura da família apontava agora para um novo modelo de casamento assente num substrato afetivo, a designada “família nuclear”, composta por pai, mãe e filhos, sendo este agora um assunto dos noivos, desprovido, ou alegadamente desprovido, dos interesses das respetivas famílias. Este era o modelo recomendado pela Igreja Católica e pela burguesia da época: um casamento estável, a mulher ocupada com as lides domésticas e com a criação dos filhos sob a supervisão do “*pater familias*”, a quem incumbia a principal função de prover à sua subsistência.

Tínhamos assim um modelo de família marcadamente hierarquizada baseada na diferenciação dos cônjuges, onde os interesses da família sobrepesavam sobre os interesses pessoais de cada um dos membros que a compunham.

O início da mudança surge por volta dos anos setenta do séc. XX com o movimento democratizador de 25 de Abril de 1974, culminado pela Revolução.

Discretamente brotam os primeiros movimentos defensores dos direitos das mulheres na luta pela consagração da igualdade jurídica. Conforme ensina Guilherme de Oliveira⁴⁶, os ideais da democratização da família traduziram-se na libertação da mulher do modelo anterior que a confinava a uma posição de mera subordinação perante o marido, a sociedade e a lei. As condições económicas da época aliadas a um nível de escolaridade mais transversal e sofisticado propiciavam à mulher sair do lar em busca de um trabalho regularmente remunerado que as realizasse profissionalmente e que lhes permitisse traçar o seu próprio percurso em pé de igualdade com os homens.

A par, a tradição e a religião católica, vão perdendo terreno como reguladores para a constituição de relações familiares, assumindo os indivíduos de forma gradual a sua autonomia afetiva, sexual e familiar. A composição da família e o seu papel no Estado têm evoluído, ao longo dos tempos, variando de país para país, como de cultura ou povo, indo ao encontro dos valores, costumes e tradições defendidas.

⁴³ PÉREZ, GEMA VALLEJO, Métodos Alternativos de Resolución de Conflictos en Derecho Romano. Especial Referencia a la Mediación. Dykinson, SL, Madrid, 2018.

⁴⁴ Cfr. Art.º 67 n.º 1 da **Constituição da República Portuguesa**.

⁴⁵ COELHO, Francisco Pereira; OLIVEIRA, Guilherme de: **Curso de Direito da Família** - Vol. I - Introdução Direito Matrimonial - 4ª Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2014, p. 101-102.

⁴⁶ COELHO, Francisco Pereira; OLIVEIRA, Guilherme de., 2016. **Curso de Direito da Família** - Vol. I, Coimbra. Disponível em: <https://doi.org/http://dx.doi.org/10.14195/978-989-26-1167-9>.

A lei civil, em paralelo com o que se verifica no artigo 67º da Constituição da República Portuguesa, não apresenta uma definição de família.⁴⁷ É desde logo evidente a importância que daqui decorre para esta instituição na medida em que lhe é conferida dignidade constitucional. A CRP dedica-lhe um regime jurídico composto pelas seguintes normas jurídicas: art.º 36, 67º, 68º, 69º, 72º e de parte do art.º 26 da CRP. Estes normativos assumem uma dupla função: para além de constituírem uma orientação da intervenção do legislador ordinário, assumem um papel preponderante na interpretação e integração da lei. A Constituição qualifica a família, sem nunca a definir, como “elemento fundamental da sociedade” e a opção do legislador ordinário foi no sentido de enunciar, no art.º 1576 do Código Civil, as fontes das relações familiares, reduzindo as mesmas ao casamento, parentesco, afinidade e por último, a adoção.

Segundo GUILHERME DE OLIVEIRA, “Em face do art. 1576.º CC, pode entender-se que, além das que foram mencionadas, não haja outras relações familiares que como tais devam ser consideradas para a generalidade dos efeitos no direito português. Sendo relações familiares as referidas naquele preceito legal, pode dizer-se que a família abrange todas as pessoas ligadas por essas relações. À família de uma pessoa pertencem, pois, não só o seu cônjuge como ainda os seus parentes, afins, adotantes e adotados: este conceito assim tão lato é que corresponde à noção jurídica de família”⁴⁸.

É evidente a importância singular que esta instituição assume para o Estado, sendo necessariamente reguladas pelo direito as relações dali provenientes, tendo algumas normas, inclusive, caráter imperativo, como forma de regular determinadas modalidades, como exemplo, a invalidade do casamento e os direitos e deveres dos cônjuges⁴⁹.

Como fundamento de todos os princípios temos a dignidade da pessoa humana, enquanto princípio central dos direitos fundamentais. É certo, porém, que este princípio se destaca mais em determinadas áreas do que noutras, como por exemplo, a proteção dos idosos e dos menores, mas não deixa de ser uma chave mestra transversal a todo o ordenamento jurídico.

O princípio da dignidade da pessoa humana, estabelecido no art. 1º da CRP, é uma das bases do Estado de Direito Democrático, sendo que a própria Declaração Universal dos Direitos do Homem reflete sobre este princípio, no seu preâmbulo, demonstrando a sua importância nos ordenamentos jurídicos e para cada pessoa⁵⁰.

A dignidade da pessoa humana vem a ser o núcleo da Constituição, sendo um pilar dos direitos fundamentais, sobretudo, dos direitos pessoais, enquanto princípio inerente à condição do homem. “A dignidade da pessoa humana não é jurídica-constitucionalmente apenas um princípio-limite. Ela tem um valor próprio e uma dimensão normativa específicos”⁵¹.

⁴⁷ Ver art.º 67º da CRP.

⁴⁸ OLIVEIRA, Guilherme de: **Curso de Direito da Família. Introdução direito matrimonial**. Vol. I, 5ª edição, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016, p. 34.

⁴⁹ Ver, Comentário ao art.º 1576º do CC, LIMA, PIRES DE; VARELA, ANTUNES: **Código Civil Anotado**. Vol. IV, 2ª edição revisto e atualizado. Coimbra Editora, 1992, p. 14.

⁵⁰ “A dignidade da pessoa humana é um standard de proteção universal que obriga à adoção de convenções e medidas internacionais contra a violação da dignidade da pessoa humana e à formatação de um direito internacional adequado à proteção da dignidade da pessoa humana não apenas como ser humano individual e concretamente considerado, mas também da dignidade humana referente a entidades coletivas (humanidade, povos, etnias).” Comentário ao art.º 1º, CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital: **CRP, Constituição da República Portuguesa Anotada**. Vol. I, 4ª edição revista, Coimbra Editora, 2007, p. 200.

⁵¹ Comentário ao art. 1º, CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital: **CRP, Constituição da República Portuguesa Anotada**. Vol. I, 4ª edição revista, Coimbra Editora, 2007, p. 198.

Entende-se assim, que é cada vez mais importante proteger determinados direitos que são o núcleo dos direitos fundamentais, como também é imperioso criar formas de proteção de direito que venham garantir as nossas raízes e individualidade, como a família⁵².

Cabe ao direito enquadrar estas matérias em princípios, de forma a proteger valores e relações importantes social e individualmente, evitando que estes corram riscos, possibilitando a sua progressão a novos domínios⁵³.

Conforme já referimos, explicitamente, não existe na lei civil um conceito de família. A “noção” jurídica de família encontra-se implícita no art.º 1576 do CC, identificando como fontes das relações jurídicas familiares, o casamento, a afinidade, o parentesco e a adoção⁵⁴. Equivale assim por dizer que todas as relações constituídas que tenham por base qualquer uma daquelas fontes, integram as designadas relações jurídicas familiares.

De acordo com PEREIRA COELHO⁵⁵ a noção jurídica de família encontra-se no art. 1576º do CC. No entanto, GUILHERME DE OLIVEIRA refere que “(...) cumpre advertir em primeiro lugar que a família, em sentido jurídico, constitui um grupo de pessoas — as pessoas ligadas umas às outras pelas sobreditas relações —, mas não é ela própria uma pessoa jurídica”⁵⁶.

A Lei reconhece o grupo familiar como portador de interesses distintos e individuais, enquanto pessoas que constituem um grupo, sendo os interesses do grupo - a família - defendidos pelas pessoas singulares que o integram. A família, em si, vem consubstanciar um grupo que cria uma rede de relações entre si, assumindo assim uma importância jurídico-social de relevo, como também, uma incomparável pertinência nas relações pessoais de cada um.

Assim, poder-se-á enunciar que o “conceito” jurídico de família se encontra definido no ramo da ciência-jurídica, nomeadamente no direito da família, que estrutura e cria soluções legais que venham regular as diferentes relações familiares⁵⁷.

⁵² “Uma vez equacionados alguns dos desafios que se colocam ao Direito, é viável afirmar que a vida em sociedade está profundamente modificada sendo cada vez mais necessário tentar revisões de conceitos jurídicos clássicos e proceder a propostas de alteração. (...) É preciso encontrar uma solução de compromisso razoável entre o direito fundamental à investigação e a lealdade, a necessidade absoluta de defender as raízes da identidade pessoal e genética do ser humano.” BARBAS, Stela: “O direito da família português: algumas características”. *Jurismat*, n.º especial, Portimão, 2014, p. 77.

⁵³ “Estamos numa época em que ainda se mantém a certeza da incerteza do futuro. No entanto, o futuro nunca foi tão previsível como o é atualmente. É inúmera a panóplia de hipóteses com que nos deparamos e são múltiplos os meios que temos para as alcançar. Assim sendo, a problemática e a responsabilidade das nossas escolhas reveste-se de primordial importância. Nunca fomos tão responsáveis pelo nosso amanhã e pelo das gerações vindouras. Vivemos num mundo em permanente construção, onde ainda não existe futuro, mas em que somos construtores ativos da sua criação.” BARBAS, Stela: “O direito da família português: algumas características”. *Jurismat*, n.º especial, Portimão, 2014, p. 78.

⁵⁴ “A primeira das relações de família é assim a relação matrimonial, a relação que em consequência do casamento liga os cônjuges entre si. Uma relação que afeta a condição dos cônjuges de maneira profunda e duradoura, influenciando no seu regime, pode dizer-se, a generalidade das relações jurídicas obrigacionais ou reais de que eles sejam titulares.” OLIVEIRA, Guilherme de: **Curso de Direito da Família. Introdução direito matrimonial**. Vol. I, 5ª edição, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016, p. 32.

⁵⁵ Ver, COELHO, Francisco PEREIRA; OLIVEIRA, Guilherme de: **Curso de Direito da Família. Introdução ao Direito Matrimonial**. Vol. I, 3ª edição, Coimbra Editora, 2003, p. 31 e seguintes.

⁵⁶ OLIVEIRA, Guilherme de: **Curso de Direito da Família. Introdução direito matrimonial**. Vol. I, 5ª edição, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016, p. 35.

⁵⁷ “É costume distinguir no direito da família três grandes ramos: o direito matrimonial, ao qual pertence o estudo do casamento e dos seus efeitos, ou, por outras palavras e talvez com mais rigor, o estudo da constituição, modificação e extinção da relação jurídica matrimonial; o direito da filiação, que tem por objeto as relações de filiação e no qual se insere ainda por vezes a matéria da adoção; e, por último, o direito da tutela, que estuda a organização tutelar na sua constituição e funcionamento.” OLIVEIRA, Guilherme de: **Curso de Direito da Família. Introdução direito matrimonial**. Vol. I, 5ª edição, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016, p. 37.

Posto isto, “(...) podemos definir o direito da família como o conjunto das normas jurídicas que regulam as relações de família (...), as relações parafamiliares e ainda as que, não sendo em si mesmas familiares ou parafamiliares, todavia se constituem e desenvolvem na sua dependência”⁵⁸.

As relações jurídicas, enquanto relações sociais reguladas pelo direito, abrangem as relações provenientes do agregado familiar, logo, a família em sentido jurídico é todo o grupo de pessoas que se encontram ligadas entre si, devido às relações familiares, vindo as mesmas serem reguladas pelo direito da família, devido à relevância jurídica que estas relações têm⁵⁹.

O artigo 1576º e seguintes do Código Civil reúnem as disposições gerais sobre o direito da família, tendo como base três núcleos: o direito matrimonial, o direito da filiação e o direito da tutela⁶⁰.

No entendimento de PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA “(...) as relações jurídicas familiares são as que visam a constituição da família e as que resultam dos laços ou vínculos familiares. São as que têm como alvo ou como ponto de referência a família⁶¹. Quando a lei deixa de conceder relevância jurídica a determinadas relações familiares, como por exemplo, o grau de parentesco a partir do 6º grau, vem assim demonstrar que a partir deste grau não existe uma relação familiar que seja relevante juridicamente⁶².

A *contrario sensu*, quando o direito dá relevância a determinadas relações familiares, “(...) quer com isso significar que, entre os respetivos sujeitos passa a existir um determinado vínculo que se traduz em “direitos e deveres recíprocos ou bilaterais”⁶³.

Relativamente à família, o direito vem criar e regular as relações que as pessoas estabelecem entre si, provenientes de laços biológicos, de vínculos, de afinidade e da adoção, criando-se assim o direito da família, enquanto um conjunto de normas adstritas à regulação das relações familiares.

Assim, “A família é constituída por todos os membros que a integram, mas não se confunde com eles. Existe um núcleo distinto de todos esses membros considerados individualmente e que tem existência autónoma por representar um conjunto de valores, quer materiais, quer morais, distintos dos interesses de cada uma das pessoas que o integram. Assim, há no direito da família normas que visam tutelar interesses meramente individuais de cada membro da família e outras que atendem sobretudo os interesses mais gerais do núcleo familiar”⁶⁴.

⁵⁸ COELHO, Francisco PEREIRA; OLIVEIRA, Guilherme de: **Curso de Direito da Família. Introdução ao Direito Matrimonial**. Vol. I, 3ª edição, Coimbra Editora, 2003, p. 35.

⁵⁹ Temos como exemplo, “(...) o caso das chamadas relações de afinidade. A lei apenas considera como tais as relações entre cada cônjuge e os parentes do outro cônjuge. Não atribuindo qualquer significado às relações que em virtude do casamento, surgem entre os parentes de um dos cônjuges com os parentes do outro cônjuge (v. g. entre os chamados “concunhados”). Isso significa que não há entre esses “parentes” de cada cônjuge uma “relação familiar”.” PROENÇA, José João GONÇALVES: **A família na Constituição da República Portuguesa de 1976**. Lusíada Direito, Série I, n.º 1, 2003, p. 128.

⁶⁰ Ver comentário ao art. 1576º do CC, LIMA, Pires de; VARELA, Antunes: **Código Civil Anotado**. Vol. IV, 2ª edição revisto e atualizado. Coimbra Editora, 1992, p. 11 e 12.

⁶¹ Comentário ao art.º 1576º do CC, LIMA, Pires de; VARELA, Antunes: **Código Civil Anotado**. Vol. IV, 2ª edição revisto e atualizado. Coimbra Editora, 1992, p. 12.

⁶² De acordo com, PROENÇA, José João GONÇALVES: “A família na Constituição da República Portuguesa de 1976”. Lusíada Direito, Série I, n.º 1, 2003, p. 129.

⁶³ PROENÇA, José João GONÇALVES: **A família na Constituição da República Portuguesa de 1976**. Lusíada Direito, Série I, n.º 1, 2003, p. 129.

⁶⁴ CHAVES, João QUEIROGA: **Casamento, divórcio e união de facto**. 2ª edição (revista, atualizada e aumentada) Quid Juris Sociedade Editora, 2010, p. 26 e 27.

Curiosamente, com a evolução das famílias enquanto grupo social, com dinâmica e características próprias, esta tem vindo a influenciar outros tipos de relações sociais e o próprio direito⁶⁵. A respeito desta última observação, CAPELO DE SOUSA refere que “nos tempos mais recentes, as alterações legislativas familiares têm-se multiplicado (...)”⁶⁶. E não é de estranhar que assim seja. De facto, cumpre ao direito acompanhar a evolução social que se tem feito sentir neste domínio. A realidade atual obriga o legislador a contemplar estas mutações sob pena do direito ficar muito aquém daquela.

A Lei Civil qualifica assim como fontes das relações jurídicas familiares, conforme já foi referido, o casamento, o parentesco, a afinidade e a adoção. Este elenco, para a doutrina dominante, é restritivo, ou seja, “não há mais relações jurídicas familiares para além das que se extraem do art. 1576^o”^{67 68}.

Segundo a doutrina estas relações designam-se por relações jurídicas familiares nominadas. Vejamos genericamente cada uma delas com o objetivo de compreender o critério legal que lhe está subjacente:

O casamento encontra-se definido no art. 1577^o do CC e traduz-se num contrato celebrado entre duas pessoas, independentemente do sexo das mesmas⁶⁹, em ordem a uma comunhão plena de vida. A recondução do casamento a um contrato não é uma questão pacífica na doutrina, levantando-se algumas vozes bastante críticas quanto à definição adotada pelo legislador. Nas palavras críticas de CARLOS PAMPLONA CORTE REAL “como se se pudesse contratar uma obrigação coexistencial de comunhão plena de vida; como se se pudesse contratar o exercício do afecto por forma perdurável, e fazendo face a necessárias e imprevisíveis alterações de circunstâncias; como se o casamento, a ser um contrato, pudesse circunscrever-se a um vínculo sinalagmático de direitos e deveres recíprocos, quando nem sequer é pensável a existência de direitos sobre pessoas”⁷⁰. No mesmo sentido, TELMA CARVALHO defende que o “casamento mais do que um contrato é um encontro de duas declarações unilaterais de vinculação, cujo objeto, de cada declaração, é indisponível, pois está diretamente relacionado ou dependente da própria liberdade dos nubentes”⁷¹.

Apesar do casamento ser uma consequência do exercício de liberdade individual de cada um, concretizada pela declaração de consentimento dos nubentes, não afasta o crivo conservador ainda bem patente na lei civil portuguesa (a par do que acontece noutros sistemas jurídicos eu-

⁶⁵ “Exatamente, porque a família é uma instituição importante, cuja função não pode ser ignorada, é que o Estado vem entender que não pode ficar indiferente e que, ao contrário, deve intervir de acordo com os superiores interesses que lhe cabe, a ele, Estado, salvaguardar, logicamente dentro da conceção que tem desses mesmos interesses. E daí a afirmação paradigmática do artigo 67^o da Constituição que proclama a família como “elemento fundamental da sociedade, ...”. PROENÇA, José João GONÇALVES: **A família na Constituição da República Portuguesa de 1976**. Lusíada Direito, Série I, n.º 1, 2003, p. 136.

⁶⁶ CAPELO DE SOUSA, Rabindranath: “As alterações legislativas familiares recentes e a sociedade portuguesa”, **Textos de Direito da Família para Francisco Pereira Coelho, Guilherme de Oliveira**, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016, p. 527.

⁶⁷ PINHEIRO, Jorge Duarte: **O Direito da Família Contemporâneo**, Almedina, 5ª Edição, Coimbra, 2017, p. 33.

⁶⁸ Não obstante a tipicidade prevista no art. 1576^o CC a Lei Fundamental, através dos art. 36^o e 67^o, confere abertura a um entendimento mais alargado e que se consubstancia na produção de leis avulsas para a regulação de realidades cada vez mais frequentes como a união de facto ou o apadrinhamento civil.

⁶⁹ Acerca desta questão ver Lei n.º 9/2010 de 31 de maio que determinou a possibilidade de casamento entre pessoas do mesmo sexo.

⁷⁰ CORTE-REAL, Carlos Pamplona: “Relance crítico sobre o Direito da Família Português”, em **Textos de Direito da Família para Francisco Pereira Coelho**, Coord. Guilherme de Oliveira, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016, p. 112.

⁷¹ CARVALHO, Telma: “A união de facto: a sua eficácia jurídica”, em AA.VV., **Comemorações dos 35 anos do Código Civil**, Vol I, Coimbra Editora, 2004, p. 230.

ropeus, nomeadamente, Espanha, França, Itália), ao definir “o modelo ideal de relações matrimoniais, através da imposição de vários deveres conjugais recíprocos”⁷² 73. Parece clara a imposição do legislador no sentido de cumprimento recíproco destes deveres, quer por via do art. 1618º reforçada pela al. b) do 1699º, ambos do Código Civil⁷⁴.

Não obstante ser uma questão não harmoniosa ao nível doutrinário, facto é que o casamento terá de ser celebrado de acordo com as normas legais vigentes. Refere Duarte Pinheiro que “a constituição do vínculo matrimonial faz-se por um contrato que tem de ser celebrado perante a entidade com competência funcional para o ato (funcionário do registo civil, pároco ou ministro de culto) ou funcionário de facto, sob pena de inexistência (arts. 1628º, al. a), e 1629º do CC), a não ser que se trate de casamento urgente”⁷⁵. O casamento está sujeito a registo civil obrigatório nos termos do disposto no art. 1651.º, n.º 1 CC, sendo que na falta deste ou de disposição legal em contrário, o vínculo matrimonial não pode ser invocado, conforme prevê o art. 1669º, n.º 1 do CC. O mesmo autor acrescenta ainda que a relação também se traduz “de certa forma, num regime diferenciado em matéria de bens e dívidas (arts. 1678º e s.)”⁷⁶, referindo ainda que a “extinção do vínculo matrimonial por outro motivo que não a morte (v.g. divórcio, invalidade) exige intervenção de uma entidade estatal (juiz, conservador do registo civil) ou equiparada (autoridade eclesiástica)”⁷⁷.

De salientar que o casamento civil não é a única modalidade prevista para a realização do casamento, admitindo a lei civil, por via do art. 1587º do CC, o casamento católico, reconhecendo-lhe verdadeiramente eficácia de casamento⁷⁸. A lei civil define o parentesco como “o vínculo que une duas pessoas, em consequência de uma delas descender da outra ou de ambas procederem de um progenitor comum”, conforme decorre do art. 1578º do CC. No primeiro caso, estamos perante um parentesco em linha recta e no segundo caso em linha colateral.

De acordo com DUARTE PINHEIRO, “a relevância jurídica do parentesco varia em razão da linha e do grau. A mais importante espécie de relação de parentesco é a relação de filiação (maternidade e paternidade)”⁷⁹, na medida em que o seu principal efeito é o exercício das responsabilidades parentais, previsto e regulado nos arts. 1877º e ss., do CC, e que serão tratados mais à frente neste trabalho. Por sua vez, o art. 1579º do CC refere que cada geração forma um grau e a série de graus constitui a linha de parentesco.

Como vimos, a fonte do parentesco é, portanto, a procriação, mas em conformidade com o art. 1797º, n.º 2 do CC, “os poderes e deveres emergentes da filiação ou do parentesco só são atendíveis se a filiação se encontrar legalmente estabelecida”⁸⁰, sendo um ato sujeito a registo

⁷² OLIVEIRA, Guilherme de: “Transformações do Direito da Família”, em em AA.VV., **Comemorações dos 35 anos do Código Civil**, Vol I, Coimbra Editora, 2004, p. 770

⁷³ Acerca dos deveres conjugais v. art. 1672º e ss. do Código Civil, abrangendo estes os deveres de respeito, fidelidade, coabitação, cooperação e assistência.

⁷⁴ Em sentido distinto é a opinião de CORTE-REAL, Carlos Pamplona: “Relance crítico sobre o Direito da Família Português”, em **Textos de Direito da Família para Francisco Pereira Coelho**, Coord. Guilherme de Oliveira, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016, p. 107, onde refere que numa área tão intimista como a da comunhão plena de vida conjugal não é permitida a referência a vinculações imperativas, não sendo tal permitido por via do art. 26º da CRP nem pela Lei 61/2008 que eliminou a culpa na consecução do divórcio.

⁷⁵ PINHEIRO, Jorge Duarte: **O Direito da Família Contemporâneo**, Almedina, 5ª Edição, Coimbra, 2017, p. 34.

⁷⁶ *Ibidem*.

⁷⁷ *Idem*, p. 35.

⁷⁸ Vigora no sistema jurídico português, o sistema de casamento civil facultativo na medida em que é facultada aos nubentes a possibilidade de escolha por um casamento de forma laica ou de forma religiosa, sendo atribuído a ambos, efeitos civis.

⁷⁹ PINHEIRO, Jorge DUARTE, *Op. Cit.* p. 37

⁸⁰ De referir que o art.º 1603 dispõe que o estabelecimento da filiação tem eficácia retroativa.

civil obrigatório, pelo que se considera que em regra, a eficácia do parentesco só se opera havendo registo da filiação estabelecida⁸¹. Dos vários efeitos decorrentes do parentesco, salientamos apenas, a nível sucessório, na medida em que nos termos do disposto no art. 2133º do CC, os descendentes, ascendentes, irmãos e seus descendentes e outros colaterais até 4º grau, assumem por esta ordem, as diferentes classes de sucessíveis no âmbito da sucessão legítima. Também o art. 2009º do CC impõe, pela ordem nele indicada, um efeito bastante importante e que se traduz na obrigação de alimentos que incumbe a alguns parentes⁸².

Quanto à extinção do vínculo, DUARTE PINHEIRO salienta que “os modos de extinção do vínculo de parentesco confundem-se com os de extinção de filiação. Por conseguinte, a relação de parentesco extingue-se com a morte de um dos sujeitos ou na sequência de uma ação judicial (v.g., de impugnação da maternidade ou paternidade).”

Apesar de não ser uma relação de consanguinidade, podemos afirmar que a afinidade se determina pelos mesmos graus e linhas que definem o parentesco, como dispõe o art. 1585º. O art.º 1584 define afinidade como o “vínculo que liga cada um dos cônjuges ao parente do outro”, logo, a afinidade pressupõe a existência uma relação familiar por via do casamento e uma relação de parentesco entre uma pessoa e um dos cônjuges. Assim sendo, o vínculo de afinidade “estabelece-se em conjugação com o casamento e a procriação e a sua eficácia pode apenas ser invocada se a filiação estiver legalmente estabelecida e se este facto e o casamento tiverem sido registados”⁸³.

Interessante salientar que CORTE REAL E SILVA PEREIRA criticam o legislador por reconhecer a afinidade como uma relação familiar na medida em que “está em causa uma produção de efeitos praticamente nula”⁸⁴.

Outro fator relevante e não consensual está relacionado com a cessação da relação de afinidade dado que esta não cessa com a dissolução do casamento por morte, ou seja, o vínculo subsiste após a extinção da relação conjugal por morte. No entanto, se a relação conjugal cessar por via do divórcio, este põe fim à afinidade, nos termos do disposto no art. 1585º, 2ª parte, do CC. ANTUNES VARELA⁸⁵, entende que a solução legal é ajustada porque mantém a relação de afinidade nos casos em que normalmente se conservam “os laços afetivos especiais criados pela afinidade”⁸⁶.

A *contrario sensu*, RITA LOBO XAVIER, questiona, e quanto a nós bem, se existirão motivos para distinguir, quanto à manutenção do vínculo de afinidade, a dissolução por morte da dissolução por divórcio⁸⁷. Somos de entender que uma vez extinta a relação que deu origem ao vínculo, este, naturalmente, extingue-se-ia, independentemente do facto que esteve na origem da extinção. Estão previstas outras formas de extinção⁸⁸ da relação de afinidade, mas, no âmbito

⁸¹ Arts 1º, nº 1 al. b) e art.º 2º do Código do Registo Civil (CRC).

⁸² Para verificação de outros, também importantes efeitos do parentesco, veja-se, os art. 1602º. als. a) e c) (impedimentos matrimoniais dirimentes), 1604º, al. c) (impedimentos impeditentes), 1809º, al. a) (averiguação oficiosa da maternidade), 1866º, al. a) (averiguação oficiosa de paternidade), 1931º e 1952º (suprimento do poder paternal), todos do Código Civil.

⁸³ PINHEIRO, Jorge DUARTE, Op. Cit. p. 39, 40.

⁸⁴ CORTE REAL, Carlos Pamplona; PEREIRA, José SILVA: “Direito da Família, Tópicos para uma reflexão crítica”, 2ª Edição, Lisboa, AAFDL, 2011, p. 118.

⁸⁵ Citado por PINHEIRO, Jorge DUARTE, op. Cit., p.41

⁸⁶ VARELA, ANTUNES: **Direito da Família**, vol. I, 5ª Edição, Lisboa, L. Petrony, 1999, p. 105.

⁸⁷ XAVIER, Rita Lobo: **Recentes alterações ao regime jurídico do divórcio e das responsabilidades parentais**, Coimbra, Almedina, 2009, pp. 10-13.

⁸⁸ Extinção **ex tunc** com a anulação e nulidade do casamento (art.º 1647º, n.1) ou a extinção **ex nunc** com a morte de um dos sujeitos da relação e com a adopção do parente do cônjuge, salvo se o adotado for filho do cônjuge adotante, art 1986º do CC.

deste estudo, importa referir que a “afinidade se extingue retroativamente também nas situações de extinção retroativa do vínculo de filiação do qual decorre o parentesco de um dos cônjuges”⁸⁹.

Paralelamente às figuras jurídicas familiares (nominadas e inominadas) existem as relações parafamiliares. São, atualmente três e não são consideradas relações familiares, a saber: a união de facto, a convivência em economia comum e a tutela.

Recorda DUARTE PINHEIRO que “a qualidade da relação parafamiliar depende de uma similitude mínima com as relações familiares nominadas”⁹⁰. Enquanto as duas primeiras se constituem e se extinguem livremente sem intervenção do Estado, a terceira está sujeita a um ato estatal, uma vez que é constituída e extinta por decisão judicial e carece de registo civil obrigatório, conforme decorre do art.1, n.º 1, al. h) do CRC. Nos dois primeiros casos, conforme dispõem as Leis n.ºs 6 e 7/2001, de 11 de maio, as pessoas estão legalmente protegidas desde que vivam em economia comum ou em uniões de fato, não carecendo de registo, mas têm de preencher vários requisitos que as aproximam das relações jurídicas familiares⁹¹.

De acordo com os arts. 1577º e 1672º, a união de fato traduz-se numa comunhão de leito, mesa e habitação entre duas pessoas, comunhão idêntica a que estão obrigados os membros da união conjugal.

Por sua vez, a convivência em economia comum, conforme decorre do art.º 2º da Lei n.º 6/2001, de 11 de maio, é a situação de duas ou mais pessoas que “vivam em comunhão de mesa e habitação há mais de dois anos e tenham estabelecido uma vivência em comum de entreajuda ou partilha de recursos”.

Já a figura da tutela, pode ser considerada semelhante à relação de parentesco de 1º grau em linha reta, dado que em conformidade com o art. 1935º n. 1 do CC, em regra o tutor, tem os mesmos direitos e obrigações dos pais que exercem as responsabilidades parentais, constituindo esta uma forma de suprimento da incapacidade de exercício das mesmas pelos progenitores. Neste sentido defende DUARTE PINHEIRO que a “tutela (...) traduz-se, normalmente, numa relação a ‘termo certo’ destituída da durabilidade virtual que acompanha as relações familiares nominadas”⁹².

CONCLUSÃO

Nesta breve análise civilística sobre o conceito jurídico de família, na qual se abordaram algumas das relações jurídicas mais importantes, dá-se ênfase ao facto do “conceito” de família se ter vindo a alargar ao longo dos tempos, criando mais dificuldades para o direito, no sentido de regular todos os aspetos relevantes, pois compreende-se que a família enquanto grupo social detém as suas próprias características que lhe permite criar relações familiares, que mais não são do que o reflexo da evolução social.

Os tempos são, portanto, de mudança. A família relacional e eletiva adiantou-se sobre a família hierárquica, vista agora como antiquada, autoritária, conservadora e devoluta, não satisfazendo as necessidades e exigências atuais dos seus membros.

⁸⁹ PINHEIRO, Jorge DUARTE, Op. Cit. p. 39, 41.

⁹⁰ PINHEIRO, Jorge Duarte, Op. Cit. p. 39, 45.

⁹¹ Cf. art.º 1, n. 1 Lei n.º 6/2001 e art.º 1º n. 2 Lei 7/2001, ambas de 11 de Maio.

⁹² PINHEIRO, Jorge DUARTE, Op. Cit. p. 44

Tomam dianteira as relações familiares constituídas com base nos afetos e na prossecução da realização pessoal de cada um dos cônjuges. No entanto, não queremos com isto dizer que os indivíduos optem pelo casamento para constituírem as suas relações afetivas.

Nas palavras de ROSA CÂNDIDO MARTINS, os indivíduos “parecem recusar submeter-se aos valores pré-determinados estabelecidos pela Igreja e pelo Estado, deixando de aderir à instituição casamento”⁹³. Caminhamos num sentido em que os indivíduos pouco relevam a aparência externa das suas relações afetivas, privilegiando o conteúdo em detrimento da forma da relação. Não deverá ser por isso que devemos falar em “crise” da família. Conforme refere ENGRÁCIA LEANDRO⁹⁴ tal “adjetivação só seria legítima se nos reportássemos a conceções formatadas do conceito de família que se apresentam completamente obsoletas para a realidade dos nossos dias”.

Não devemos assim falar de “crise” da família, mas da família reconfigurada, comportando esta em si mesma vários modelos aptos a constituírem relações familiares válidas, fruto da permeabilidade das mesmas ao contexto social, político, económico, ideológico de uma determinada sociedade.

Aliás, a conceção de família atual é o resultado dessa mesma sociedade. Na opinião de JEMOLO⁹⁵, a família “não pode ser reduzida a uma construção jurídica, pois lembra sobretudo afetos, diz mais respeito ao coração que à razão, sendo que o direito só é plenamente eficaz quando se trata de prescrever em matéria de valores económicos, do meu e do teu; ora, pertencendo ao domínio dos valores imateriais a família seria um instituto pré-jurídico que aparece sempre como uma ilha que o mar do direito pode tocar, mas apenas tocar”.

REFERÊNCIAS

- AMUNÁTEGUI PERELLÓ, C., **El origen de los poderes del Paterfamilias I: El Paterfamilias y la Patria potestas**, in Revista de Estudios Histórico-Jurídicos, 28, 2006.
- ANTUNES VARELA: **Direito da Família, vol. I**, 5ª Edição, Lisboa, L. Petrony, 1999.
- ASTOLFI, R., **Il matrimonio nel diritto romano preclassico**, Pádua, Editorial CEDAM, 2000.
- BARBAS, Stela: **O direito da família português: algumas características**. Jurismat, n.º especial, Portimão, 2014.
- BRAVO BOSCH, M. J., IGLESIAS CANLE, I., **Mujer e Igualdad desde el derecho romano hasta la actualidad: especial referencia al ordenamiento jurídico español, Mujer, política e igualdad. De las palabras a los hechos**, José Agustín González-Ares Fernández (coord.) Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.
- BRAVO BOSCH, M. J., **Mujeres y símbolos en la Roma republicana, Análisis jurídico-histórico de Lucrecia y Cornelia**, Dykinson, SL, Madrid, 2017.

⁹³ THÉRY, I.: **Couple, Filiation et parenté aujourd'hui. Le droit face aux mutations de la famille et de la vie privée**, Paris, Odile Jacob, 1998, p.32 apud MARTINS, R. C.: “A morte do casamento: mito ou realidade?” em **Textos de Direito da Família** para Francisco Pereira Coelho, 2016, p. 223.

⁹⁴ LEANDRO, M. E.: **Transformações da família na história do Ocidente**. Theologica, 2ª Serie, 41, 1, 1, 2006, p.71.

⁹⁵ JEMOLO, A.C., La famiglia e il Diritto, in “Pagine Sparse di Diritto e Storiografia”, Giuffrè, 1957, pp.222 e ss. apud Real, C. P.: “Relance crítico sobre o direito da família português” em **Textos de Direito da Família para Francisco Pereira Coelho**, Coimbra, Coimbra Editora, 2016.

BRAVO BOSCH, M. J., **Levitas animi**, in GLOSSAE. European Journal of Legal History 14, 2017.

CABRAL MONCADA, L., **Elementos de História do Direito Romano**, Coimbra Editora, Lda., Coimbra, 1923.

CANOTILHO, J. J. Gomes & VITAL MOREIRA: **CRP, Constituição da República Portuguesa Anotada**. Vol. I, 4^o edição revista, Coimbra Editora, 2007.

CANTARELLA, E., **La calamidad ambigua**, Madrid, Ed. Clásicas, 1991.

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

CARVALHO, Telma, **A união de facto: a sua eficácia jurídica**, em AA.VV., Comemorações dos 35 anos do Código Civil, Vol I, Coimbra Editora, 2004.

CHAVES, João QUEIROGA, **Casamento, divórcio e união de facto**. 2^o edição (revista, atualizada e aumentada) Quid Juris Sociedade Editora, 2010.

COELHO, Francisco PEREIRA; OLIVEIRA, Guilherme de, **Curso de Direito da Família. Introdução ao Direito Matrimonial. Vol. I, 3^o edição**, Coimbra Editora, 2003.

COELHO, Francisco Pereira; OLIVEIRA, Guilherme de, **Curso de Direito da Família - Vol. I - Introdução Direito Matrimonial, 4^a Edição**, Coimbra Editora, Coimbra, 2014.

CORTE REAL, Carlos Pamplona; PEREIRA, José SILVA, **Direito da Família, Tópicos para uma reflexão crítica**, 2^a Edição, Lisboa, AAFDL, 2011.

CORTE-REAL, Carlos Pamplona, **Relance crítico sobre o Direito da Família Português**, in Textos de Direito da Família para Francisco Pereira Coelho, Coord. Guilherme de Oliveira, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016.

DE LEÓN LÁZARO, G., **La educación en Roma**, in Anuario Jurídico y Económico Escurialense, 46, 2013.

DÍAZ-BAUTISTA CREMADES, A./ BAELO ÁLVAREZ, M., **Historia, significación y utilidad sociojurídica de la adrogatio y la adoptio en Roma**, in Vergentis 3, diciembre 2016.

EVERITT, A., **Augusto, o primeiro imperador**, in LOBO, A., Barcelona, Ed. Ariel, 2008.

FRANCIOSI, Genaro, **Famiglia e persone in Roma antica dall'età arcaica al principado**. Torino: G. Giappichelli Editore, 1989.

GUTIÉRREZ-ALVIZ, F., **Diccionario de Derecho Romano**, 3^a ed., Madrid, Editorial Reus, 1982.

HERRERA BRAVO, R., SALAZAR REVUELTA, M., SALAZAR REVUELTA, A., **La condición de la mujer en la represión del adulterio en derecho romano y su recepción histórica**, in Experiencias Jurídicas e Identidades Femeninas, RODRÍGUEZ LÓPEZ, R./BRAVO BOSCH, M. J. (Eds.), Madrid, Editorial Dykinson, 2011.

IGLESIAS, J., **Derecho Romano**, 12^a ed., Barcelona, Editorial Ariel, 1999.

JEMOLO, A.C., **La famiglia e il Diritto**, in “Pagine Sparse di Diritto e Storiografia”, Giuffrè, 1957, pp. 222 e ss. *Apud* Real, C. P.: “Relance crítico sobre o direito da família português” em Textos de Direito da Família para Francisco Pereira Coelho, Coimbra, Coimbra Editora, 2016.

LEANDRO, M. E., **Transformações da família na história do Ocidente**. Theologica, 2ª Serie, 41, 1, 1, 2006.

LOBO XAVIER, Rita, **Recentes alterações ao regime jurídico do divórcio e das responsabilidades parentais**, Coimbra, Almedina, 2009, pp. 10-13.

MAÑAS NÚÑEZ, M., **Mujer y sociedad en la Roma imperial del siglo I**, in NORBA. Revista de Historia, 16, 2003.

MARROU, H-I., **Historia de la educación en la antigüedad**, trad. Española, Barja de Quiroga, Y., Madrid, Editorial Akal, 1985.

OLIVEIRA, Guilherme de, **Transformações do Direito da Família**, in AA.VV., Comemorações dos 35 anos do Código Civil, Vol I, Coimbra Editora, 2004,

OLIVEIRA, Guilherme de, **Curso de Direito da Família**. Introdução direito matrimonial. Vol. I, 5ª edição, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016.

ORTUÑO, M. E., **Una limitación de la capacidad patrimonial de la mujer en el ámbito sucesorio: la Lex Voconia, em Mulier**. Algunas Historias e Instituciones de Derecho Romano, RODRÍGUEZ LÓPEZ, R.; BRAVO BOSCH, M. J., Madrid, Editorial Dykinson, 2013.

PAOLI, U. E., **Rome: Its People, Life and Customs**, R.D. MacNaghten (Translator), Bristol Classical Press, Bristol, 1996.

PÉREZ, GEMA VALLEJO, **Métodos Alternativos de Resolución de Conflictos en Derecho Romano. Especial Referencia a la Mediación**. Dykinson, SL, Madrid, 2018.

PINHEIRO, Jorge Duarte, **O Direito da Família Contemporâneo**, Almedina, 5ª Edição, Coimbra, 2017.

PIRES DE LIMA; ANTUNES VARELA, **Código Civil Anotado. Vol. IV**, 2ª edição revisto e atualizado. Coimbra Editora, 1992.

PROENÇA, José João GONÇALVES: **A família na Constituição da República Portuguesa de 1976**, Lusíada Direito, Série I, n.º 1, 2003

SALLER, R. P., "**Familia, Domus**", and the Roman Conception of the Family, in Phoenix, 38, No. 4, 1984.

SANTOS JUSTO, A., **Manual de Direito Privado Romano**, 3ª Edição, Petrony, Lisboa, 2021.

SANZ MARTÍN, L., **Fundamentos doctrinales en torno a la tutela mulierum. Naturaleza y esencia de la tutela mulierum**, en Revista General de Derecho Romano, 12, 2009.

TELLEGEN, O., **Tutela mulierum, em Mulier. Algunas historias e Instituciones de Derecho Romano**, R. RODRÍGUEZ LÓPEZ, M.J. BRAVO BOSCH, Editores. Madrid, Ed. Dykinson, 2013.

THÉRY, I.: Couple, **Filiation et parenté aujourd'hui. Le droit face aux mutations de la famille et de la vie privée**, Paris, Odile Jacob, 1998, p.32 Apud MARTINS, R. C.: "A morte do casamento: mito ou realidade?" em Textos de Direito da Família para Francisco Pereira Coelho, 2016.

Submetido em: 24 jan. 2023.

Aceito em: 17 fev. 2023.