XXVIII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI GOIÂNIA – GO

HISTÓRIA DO DIREITO

RICARDO MARCELO FONSECA

FERNANDA DE PAULA FERREIRA MOI

Copyright © 2019 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

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

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais
Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI
Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro Prof. Dr.
Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina
Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo
Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)
Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará
Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM– Distrito Federal
Relações Internacionais para o Continente Americano
Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goías
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul) Prof. Dr.
José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul Prof. Dr. Caio
Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

H673
História do direito [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFG / PPGDP
Coordenadores: Ricardo Marcelo Fonseca
Fernanda de Paula Ferreira Moi – Florianópolis: CONPEDI, 2019.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-817-2
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Constitucionalismo Crítico, Políticas Públicas e Desenvolvimento Inclusivo

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVIII Encontro Nacional do CONPEDI (28 : 2019 : Goiânia, Brasil).

CDU: 34



Conselho Nacional de Pesquisa
Univeridade Ferderal de Goiás e Programa
ePós-Graduação em Direito Florianópolis

Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br





de Pós Graduação em Direito e Políticas Públicas
Goiânia - Goiás
https://www.ufg.br/

XXVIII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI GOIÂNIA – GO

HISTÓRIA DO DIREITO

Apresentação

Os trabalhos apresentados nessa obra são fruto das pesquisas realizadas e apresentadas, na forma de artigos científicos, no Grupo de Trabalho de História do Direito do XXVIII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, realizado na cidade de Goiânia/GO, entre os dias 19 a 21 de junho de 2019, tendo como tema o CONSTITUCIONALISMO CRÍTICO, POLÍTICAS PÚBLICAS E DESENVOLVIMENTO INCLUSIVO.

A importância do presente Grupo de Trabalho reside no fato de que se discutiram, durante as apresentações, a necessidade de se ater ao método e à análise das fontes em pesquisas que se disponham a analisar, da forma adequada, a questão histórica, pois, tanto o objeto quanto o método são temas de extrema importância para tanto.

Interessante observar que, ainda que altamente criticada a postura positivista-legalista, esta ainda é uma opção adotada por alguns pesquisadores, reduzindo, assim, o estudo da Historia do Direito a uma mera sequencia cronológica da promulgação das normas, sem as devidas conexões econômicas e culturais do período analisado.

Esse fato foi objeto das discussões ocorridas durante as apresentações no presente Grupo de Trabalho, uma vez que hoje prevalece, na historiografia, a visão da Historia Social do Direito, buscando explicar o porquê do surgimento de determinada norma e quais as influencias (econômicas, culturais, religiosas) sofridas.

Nesse sentido, este Grupo de Trabalho proporcionou aos participantes uma visão para que as pesquisas observassem, com maior rigor, as questões referentes às fontes e ao método utilizados, pois, como ja dito, são de extrema importância para que o historiador do direito desenvolva, com rigor e cientificidade, suas pesquisas.

Digno de nota a participação ativa de todos os pesquisadores, onde, através do dialogo e das sugestões, novas perspectivas e abordagens foram apresentadas.

As apresentações do presente Grupo de Trabalho foram divididas em dois blocos, sendo que, ao final de cada bloco de apresentação, foram travados os debates entre os participantes.

Deste modo, as apresentações foram assim feitas:

1. A IGREJA CATÓLICA COMO INSTITUIÇÃO ATIVA NA FORMAÇÃO DA SOCIEDADE BRASILEIRA E SUA NORMATIZAÇÃO

Leticia Maria de Oliveira Borges , Camila Rabelo de Matos Silva Arruda

O presente artigo teve como objetivo analisar a influência da Igreja Católica Apostólica Romana na formação do Estado brasileiro, visando demonstrar como esse complexo relacionamento se iniciou ainda no período colonial.

Discutiu-se a laicidade do Estado e a liberdade religiosa enquanto reflexo do princípio da dignidade da pessoa humana.

2. EDUCAÇÃO E DIREITOS DA PERSONALIDADE: HISTÓRIA E DEMOCRACIA

Giovanna Back , Alexander Rodrigues de Castro

A História da Educação demonstra que esta sofreu diversas mudanças com as ideias que encabeçaram diferentes momentos históricos e relações de poder. Não só a concepção de educação sofreu muitas modificações, como também a legislação que a acompanhou. O presente artigo busca-se investigar, por meio do método hipotético-dedutivo, certos aspectos históricos da educação e a fim de entender os contornos atuais do direito à educação como direito da personalidade. Sua concepção teórica dominante é de um movimento em direção à formação do ser humano enquanto cidadão, isto é, um pilar da democracia, quando crítica e libertadora.

3. ASPECTOS HISTÓRICOS DA LIBERDADE INTERRELACIONAL NO DIREITO DE FAMÍLIA: DOS ELEMENTOS METAJURÍDICOS AO DIVÓRCIO NO BRASIL

Bruna Agostinho Barbosa Altoé , José Sebastião de Oliveira

O presente artigo discute a noção de que o ser humano é livre representa o centro da sua própria dignidade. Todavia, essa liberdade não foi plenamente considerada ao longo da História. Este artigo, sob tal ótica, analisa brevemente a liberdade relacional e afetiva na ideia de família em certos períodos históricos, percorrendo noções da Roma Antiga e, sobretudo, como o cristianismo e os ideais liberais que inspiraram o Código Civil Napoleônico

influenciaram o cenário jurídico brasileiro. Se promove, finalmente, um estudo crítico da cronologia do direito positivo a respeito do divórcio, cotejando-o com os graus de liberdade e de paternalismo jurídico de cada momento.

4. A AFFECTIO SOCIETATIS NO DIREITO ROMANO CLÁSSICO

Gabriel José Bernardi Costa , Alessandro Hirata

Discute-se, aqui, o termo affectio societatis que teve sua origem no direito romano, no qual os juristas romanos se viram frente à necessidade de traçarem um elemento particular ao contrato de sociedade, dando-lhe linhas claras e apartando-o de figuras assemelhadas. Neste trabalho, procurou-se inferir dos textos romanos o sentido clássico da ideia de affectio societatis. O tema das interpolações foi enfrentado ao se explorar a bibliografia sobre a matéria. Ao fim, notou-se que a affectio societatis era um elemento usado na caracterização e na diferenciação do contrato romano, atuando como um adendo ao consenso, como uma intenção dirigida a constituir uma sociedade.

5. A MULHER NASCE LIVRE E TEM OS MESMOS DIREITOS DO HOMEM

Leonora Roizen Albek Oliven

O trabalho traça um percurso histórico-jurídico e social sobre as relações civis e de trabalho das mulheres durante os séculos XX e XXI a partir dos papeis desempenhados no ambiente familiar e das perspectivas intra e extradomiciliar. As reconfigurações familiares impactam no movimento e na luta pela igualdade em direitos, que acelera a partir do último quadrante do século XX. A pesquisa é bibliográfica e descritiva, amparada em dados estatísticos e fontes documentais e normativas. A análise propõe continuidade na pesquisa, verificando a interação dos processos históricos com a normativa e as demandas sociais.

6. JUSTIÇA E DIREITO: UMA VISÃO HISTÓRICA

Jose Roberto Bonome , Kerllen Rosa da Cunha Bonome

A justiça tem sido tema discutido pela filosofia do direito, um conceito carregado de interpretações históricas, filosóficas e jurídicas, entre outras. Neste texto, é trabalhado o conceito de justiça a partir da cultura dos povos antigos, iniciando pelo Egito e Mesopotâmia,

passando por China e Índia, também por Grécia e Roma, com o intuito de refletir sobre o pensamento do que seja justiça para o Supremo Tribunal Federal brasileiro a partir de algumas de suas decisões.

7. TRAJETÓRIA HISTÓRICA DA DESSACRALIZAÇÃO À CONTRATUALIZAÇÃO DO CASAMENTO

Felipe Quintella Machado de Carvalho , Tereza Cristina Monteiro Mafra

A década de 2010 assistiu ao reconhecimento, pelo STF, da constitucionalidade das uniões homoafetivas (2011) e da multiparentalidade (2016), mas também à proibição, pelo CNJ, da lavratura de escrituras públicas de união estável poliafetiva (2018). Em momento de grande tensão entre maior autonomia privada, de um lado, e maior regulação estatal, de outro, esta pesquisa apresenta uma síntese da trajetória histórica da transição da visão sacralizada do casamento para a visão contratual. O percurso começa na França, após a Reforma; o estudo se estende até o Brasil atual, com a discussão sobre a natureza jurídica do casamento: instituição ou contrato? Nesse sentido, os autores, com base na dessacralização do casamento, discutem sua natureza jurídica.

8. A AQUISIÇÃO DE TERRAS POR ESTRANGEIROS COMO UM FATOR DE INSEGURANÇA JURÍDICA E CONFLITOS AGRÁRIOS NO BRASIL

Jéssica Silva Monteiro , Cláudio Lopes Maia

O artigo propõe identificar as inseguranças da aquisição de terras por estrangeiros no Brasil apuradas na CPI de 1967 para indicar sua superação ou permanência após a vigência do regime jurídico voltado à matéria. O trabalho se desenvolve por meio da técnica de análise documental de dados secundários. Primeiramente, detalhou-se a contenda legislativa sobre a questão no Brasil. Em seguida, demonstrou-se o contexto do debate acerca da aquisição de terras por estrangeiros. Por último, descreveu-se a CPI e os fundamentos jurídicos à restrição à venda de terras brasileiras a estrangeiros, a qual deve ser observada ainda nos dias de hoje.

9. DESENVOLVIMENTO, POLÍTICAS AGRÍCOLAS E EXPROPRIAÇÃO DOS TERRITÓRIOS INDÍGENAS: A RETOMADA DOS DIREITOS DA COMUNIDADE KAINGANG DA TERRA INDÍGENA VENTARRA FRENTE AO PARADIGMA ASSIMILACIONISTA

Leonilson Rocha dos Santos , Vilma de Fátima Machado

Discute-se o processo judicial em torno da TI Ventarra. Conforme se constatou nos autos da ACO 469 no STF, a comunidade Kaingang ocupava a área desde 1900, contudo, durante a década de 1960 a comunidade foi paulatinamente expropriada. Em 1990 pautou-se um processo de retomada da TI Ventarra, ocupado por agricultores que receberam as áreas do Estado do RS. A discussão desenvolvimentista e assimilacionista se colocam como principais argumentos para desconstruir os direitos indígenas. Buscamos entender esses conceitos empreendidos para expropriar os direitos indígenas. Utilizamos a ACO 469 para pesquisa e outras fontes bibliográficas, necessárias à compreensão das discussões elencadas. A grande problematização que envolve o presente artigo é a de que quem é o indígena para o Poder Judiciário e como se dá a construção desse sujeito. São levantadas questões historiográficas e analisada, como fonte histórica, ação judicial que ainda aguarda julgamento.

10. TOMÁS ANTÔNIO GONZAGA (1744-1810): PERFIL DO JURISTA DE MARÍLIA DE DIRCEU A PARTIR DE ALGUMAS NOTAS SOBRE O TRATADO DE DIREITO NATURAL E A CARTA SOBRE A USURA

Sofia Alves Valle Ornelas

O artigo se dedica a apresentar, brevemente, o jurista Tomás Antônio Gonzaga (1744-1810) e seus dois textos jurídicos: o Tratado de Direito Natural e a Carta sobre a Usura, com o objetivo principal de compreender seus conteúdos e possíveis matrizes intelectuais. A temática comum aos escritos é o jusnaturalismo, o que nos permite buscar uma possível relação entre as ideias jurídicas deste intelectual luso-brasileiro e a doutrina de direito natural desenvolvida em sua época, de maneira a esclarecer seu posicionamento frente a toda uma teoria jurídica que se sustentava sob o paradigma do direito natural.

11. A REVOLUÇÃO FRANCESA DE 1789 E A TEORIA DA SEPARAÇÃO DOS PODERES COMO MARCO PARA O INICIO DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO FRANCES INSTRUMENTALIZADO PELA CONSTITUIÇÃO DE 1791.

Pedro Augusto Gomes Santiago Reis , Thiago Penido Martins

A revolução francesa é um marco histórico de alta relevância na evolução do direito constitucional no mundo. O constitucionalismo ganha entorno a partir do momento em que grupos sociais passam a contar com mecanismos de limitação do exercício do poder político e, este ocorrido revolucionário, foi crucial para a queda da monarquia absolutista, dando

inicio a um novo Estado, moldado pela declaração dos direitos do homem e do cidadão, que rompe por completo o antigo regime, dando ensejo a uma nova era democrática mediante a promulgação da constituição de 1791

12. PODER MODERADOR: A TROCA DE IDEIAS E AS IDEIAS TROCADAS NA ÚNICA MONARQUIA DA AMÉRICA DO SUL

Diogo Guagliardo Neves , Pilar Bacellar Palhano Neves

Pensa-se o Poder Moderador como contributo para a relativa estabilização da Monarquia no Brasil, herdeira da administração portuguesa anterior. No entanto, assumindo forma própria, diferindo da teoria original, a comunicação entre agentes intelectuais e as necessidades do arranjo político podem responder a essa circunstância. Apesar de ter sido abordado ao longo do tempo pelo o direito e a pela história, as contribuições das ciências sociais auxiliarão sobremaneira o entendimento acerca de suas adaptações, usos e transformações. Sem se levar em conta quem são os portadores do discurso, bem como o ambiente sócio-político onde se engajam, decerto haverá desvios interpretativos graves.

13 - A CONSTITUIÇÃO DE ALEGRETE NA HISTÓRIA CONSTITUCIONAL BRASILEIRA: UMA ANÁLISE A PARTIR DA SOCIOLOGIA DAS CONSTITUIÇÕES

Bernardo Leandro Carvalho Costa

O presente trabalho tem como objetivos contextualizar e analisar, no âmbito da Teoria Constitucional e da Sociologia das Constituições, o surgimento da Constituição Brasileira de 1824 e do projeto de institucionalização da Revolução Farroupilha, a Constituição de Alegrete. Nessa proposta, por meio da metodologia sistêmica e da técnica de pesquisa de documentação indireta, com revisão de bibliografia nacional e estrangeira, busca-se verificar se o projeto apresentado à assembleia constituinte da República Rio-Grandense representava, em matéria constitucional, os ideais que fundamentaram a eclosão do ato revolucionário em 1835, apresentando uma oposição consistente em relação à estrutura presente na primeira Constituição Brasileira.

Diante deste breve panorama, verifica-se que os artigos abordaram as mais diversas temáticas, permitindo, assim, que, a partir da perspectiva da História do Direito, se reunam as ferramentas necessárias para uma melhor compreensão e utilização das normas jurídicas. Esperamos, assim, que os artigos aqui apresentados reforcem e estimulem as pesquisas na área de Historia do Direito.

Prof. Dr. Ricardo Marcelo Fonseca - Universidade Federal do Paraná

Profa. Dra. Fernanda de Paula Ferreira Moi - Universidade Federal de Goiás

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

TRAJETÓRIA HISTÓRICA DA DESSACRALIZAÇÃO À CONTRATUALIZAÇÃO DO CASAMENTO

HISTORY OF THE TRANSITION FROM THE CONCEPTION OF MARRIAGE AS SACRED TO THE CONCEPTION OF MARRIAGE AS A CONTRACT

Felipe Quintella Machado de Carvalho [1]
Tereza Cristina Monteiro Mafra [2]

Resumo

A década de 2010 assistiu ao reconhecimento, pelo STF, da constitucionalidade das uniões homoafetivas (2011) e da multiparentalidade (2016), mas também à proibição, pelo CNJ, da lavratura de escrituras públicas de união estável poliafetiva (2018). Em momento de grande tensão entre maior autonomia privada, de um lado, e maior regulação estatal, de outro, esta pesquisa apresenta uma síntese da trajetória histórica da transição da visão sacralizada do casamento para a visão contratual. O percurso começa na França, após a Reforma; o estudo se estende até o Brasil atual, com a discussão sobre a natureza jurídica do casamento: instituição ou contrato?

Palavras-chave: História do direito de família, Casamento civil, Casamento religioso, Autonomia privada, Regulação estatal

Abstract/Resumen/Résumé

During the 2010's STF decided that same-sex partnerships (2011) and multiparenthood (2016) were constitutional; nevertheless, CNJ prohibited the notarization of affidavits of polyamorous partnerships (2018). In times of great tension between more private autonomy, on the one hand, and more state regulation, on the other, this study presents a brief history of the transition from the conception of marriage as sacred to the conception of marriage as a contract. The movement begins in France, after the Reform; the essay continues up to the present in Brazil, with the discussion about the legal nature of marriage: an institution or a contract?

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: History of family law, Civil marriage, Religious marriage, Private autonomy, State regulation

[1] Doutor, Mestre e Bacharel em Direito pela UFMG. Coordenador Geral da Faculdade de Direito Milton Campos (FDMC). Professor dos Cursos de Graduação e de Mestrado da FDMC. Professor do Ibmec.

[2] Doutora, Mestra e Bacharela em Direito pela UFMG. Vice-Diretora da Faculdade de Direito Milton Campos (FDMC). Professora dos Cursos de Graduação e de Mestrado da FDMC.

1 INTRODUÇÃO

Na década de 2010, o Direito de Família viveu importantes debates acerca de temas polêmicos. Trata-se de período fortemente marcado por uma grande tensão entre um movimento crescente pela conquista de maior autonomia privada, de um lado, e pela reclamação por uma regulação estatal mais firme dos assuntos ligados à família, de outro.

Exemplo da mencionada tensão é o fato de que, no mesmo ano de 2013, dois projetos de lei antagônicos foram apresentados, um em outubro, na Câmara dos Deputados – o Projeto de Lei (PL) nº 6.583/2013, sobre o *Estatuto da Família* –, e outro em novembro, no Senado – o Projeto de Lei do Senado (PLS) nº 470/2013, acerca do *Estatuto das Famílias*. Enquanto o art. 2º do PL nº 6.583/2013 estabelece que "para os fins desta Lei, define-se entidade familiar como o núcleo social formado a partir da união entre um homem e uma mulher, por meio de casamento ou união estável, ou ainda por comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes" (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2013), o art. 3º do PLS nº 470/2013 estabelece que "é protegida a família em qualquer de suas modalidades e as pessoas que a integram" (SENADO, 2013).

Também na referida década, em 2011, o Supremo Tribunal Federal (STF) reconheceu a constitucionalidade da união estável homoafetiva (ADI 4.277/ADPF 132) e, em 2016, da cumulação de vínculos de parentesco – multiparentalidade (RE 898.060).

Um dos argumentos utilizados para fundamentar tais decisões foi o *direito à busca da felicidade*. Nas palavras do Ministro Luiz Fux, relator da decisão sobre a multiparentalidade, "a superação de óbices legais ao pleno desenvolvimento das famílias construídas pelas relações afetivas interpessoais dos próprios indivíduos é corolário do sobreprincípio da dignidade humana" (2017, p. 2), bem como "o direito à busca da felicidade protege o ser humano em face de tentativas do Estado de enquadrar a sua realidade familiar em modelos pré-concebidos pela lei" (2017, p. 2).

Por outro lado, em 2018, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) proibiu, na ausência de posicionamento do STF sobre o assunto, a lavratura de escrituras públicas de união estável poliafetiva. Conforme excerto da ementa da decisão, "a sociedade brasileira não incorporou a 'união poliafetiva' como forma de constituição de família, o que dificulta a concessão de *status* tão importante a essa modalidade de relacionamento, que ainda carece de maturação" (CNJ, 2018).

Pois bem. Não há dúvida de que um dos pontos objeto da tensão entre os que defendem maior autonomia privada, de um lado, e os que defendem maior regulação estatal, de outro, é a

formação da família pelo casamento. Basta ver que, a despeito de existir desde tempos imemoriais, ainda hoje, é controvertida a sua natureza jurídica.

Considerando-se a mencionada tensão entre autonomia privada e regulação estatal, bem como a importância do casamento como uma das formas de constituição da família conjugal, convém traçar uma síntese da trajetória histórica da transição da visão sacralizada do casamento – marcada por forte regulação normativa, proveniente do Direito Canônico – para a visão contratual – marcada pela maior autonomia das partes.

Para tanto, é adequada a metodologia de pesquisa histórico-jurídica.

O objetivo da presente pesquisa é fornecer elementos de história do Direito que possam contribuir para que, em pesquisas posteriores, sejam aprofundadas as discussões sobre a tutela do casamento pelo Estado, bem como sobre sua natureza jurídica: consistiria o casamento em uma *instituição*, ou seria o casamento um *contrato*?

2 A REVOLUÇÃO FRANCESA E UMA NOVA VISÃO DE CASAMENTO

A pesquisa verificou que as primeiras ideias sobre o casamento civil no Brasil eram fortemente influenciadas por autores franceses. Por essa razão, convém iniciar a trajetória histórica que ora se pretende traçar examinando o começo da transição no Direito francês.

Até o século XVI, na França, a Igreja Católica detinha competência exclusiva em matéria de casamento. Contudo, após a Reforma, teve origem a concepção de um casamento civil, regulamentado pela ordem jurídica. Assim é que, desde o final do século XVII, já se difundia a ideia de incumbir à Igreja a definição dos requisitos para receber o *sacramento*, e, ao Estado, a regulamentação do *casamento civil*, cujas principais características eram: (1) a pouca relevância dedicada às relações conjugais; (2) a vinculação à propriedade e à estirpe; (3) a submissão da mulher e dos filhos ao marido, chefe da sociedade conjugal.

Nesse sentido, em meticulosa argumentação, Pierre Léridant, advogado ligado ao Parlamento francês, desde 1753 defendia que, apesar dos pronunciamentos realizados por ocasião do Concílio de Trento (1545-1563), a legitimidade dos casamentos na França era matéria cuja regulamentação deveria caber somente às autoridades seculares. O clero católico podia não abençoar um casamento, podia também impor penas espirituais aos seus fiéis, mas somente ao Estado incumbiria conferir validade ao *contrato de casamento* (ADAMS, 1991, p. 91).

Na mesma linha, filósofos do século XVIII começaram a rejeitar a concepção de um vínculo *ad vitam*, o que levou ao surgimento de defensores da noção de casamento como um *contrato civil*, que as partes poderiam livremente desfazer. Em 1721, Montesquieu, nas *Cartas Persas* (VAN ROOSBROECK, 1932, p. 49), zombava da indissolubilidade do matrimônio católico; em 1764, Voltaire, no *Dicionário Filosófico* (1860, p. 164), defendia tratar-se de um contrato sobre direito das pessoas, propondo a sua dissolução pelo divórcio.

O primeiro marco legal da visão secularizada do casamento, por sua vez, foi o Edito de Versalhes, de 7 de novembro de 1787, proclamado pelo Rei Luís XVI, e apelidado de *Edito da Tolerância* (PERRY, 1973, p. 226). Referido diploma legal permitia o casamento dos não católicos domiciliados no reino, e determinava que tal casamento teria na *ordem civil*, desde que contratado nos termos do edito, os mesmos efeitos, quanto aos cônjuges e a seus filhos, dos casamentos católicos (FRANÇA, 1787).

Pouco depois, já no período revolucionário, a visão de casamento como um contrato civil se sobrepôs à visão religiosa, com a promulgação da Constituição de 1791, que determinou, no art. 7º do Título II, que "a lei considera o casamento um contrato civil" (FRANÇA, 1791).

Posteriormente, o Decreto de 20 de setembro de 1792 tornou obrigatória a celebração civil do casamento, previu a sua dissolução pelo divórcio, e criou um sistema de registro secular que serviu de referência para diversos países (FRANÇA, 1792; SZRAMKIEWICZ, 1995, p. 33).

Conforme consta no preâmbulo do título do referido Decreto, na parte referente ao divórcio, a Assembleia Nacional precisava conceder aos franceses a faculdade do divórcio, porquanto a indissolubilidade do casamento representava uma perda da liberdade individual (FRANÇA, 1792).

Na sequência, em 1804, foi promulgado o Código Civil dos Franceses – como foi chamado inicialmente. Sobre o Código, há quem diga que teria a missão de "governar" as famílias e as relações sociais, resolvendo, do modo mais claro possível, seus conflitos; há quem diga que seria a *bíblia contemporânea* da burguesia francesa (FURET, 1988, p. 445).

Quanto ao casamento, o Código Napoleão – denominação oficial do Código conforme o Decreto de 27 de março de 1852 – adotou a concepção que posteriormente seria denominada *individualista* ou *clássica*. Conforme tal concepção, o casamento seria uma relação puramente contratual, que deveria se preocupar, sobretudo, com as relações pessoais entre os cônjuges, e que deveria ser regido pelas regras comuns a todos os contratos (RADBRUCH, 1997, p. 295).

O consentimento dos contraentes passaria a ser visto como elemento essencial do casamento (MAZEAUD *et al.*, 1995, p. 50-51).

Segundo Radbruch "o ideal do amor conjugal começa com o advento do Liberalismo e vai buscar sua forma jurídica na ideia predileta do jusnaturalismo: a ideia de contrato" (RADBRUCH, 1997, p. 298).

Previsto na versão original do *Code*, o divórcio, legado da Revolução, estava no centro das discussões (CARBONNIER, 2004, p. 1140-1141), e foi intensamente questionado, tendo em vista que a liberdade de consciência e de culto, além dos bons costumes, poderiam ser contrariados, em decorrência da aberta oposição da Igreja Católica e diante do grande número de cidadãos católicos (PORTALIS *et* PORTALIS, 1844, p. 356; RAIKES, 1841, p. 157; WOOLSEY, 1869, p. 157).

Durante o período da Restauração Bourbon, e em virtude da forte reação católica, o divórcio acabou sendo suprimido pela Lei Bonald, de 8 de maio de 1816. Era o Visconde de Bonald, autor do projeto, um grande adversário do ideal revolucionário.

A partir de 1876, durante o período da Terceira República, o deputado Alfred Naquet, defensor da separação entre Igreja e Estado, começou uma série de tentativas de restaurar o divórcio, que culminou com a Lei Naquet, de 27 de julho de 1884, a qual permitia o divórcio em alguns casos (MALAURIE *et* AYNÈS, 2009, p. 230).

3 O CASAMENTO NO BRASIL IMPÉRIO

As ideias acerca do casamento posteriores à Reforma, bem como as provenientes da Revolução Francesa, repercutiram também fora da Europa.

No Brasil Império, todavia, prevaleceram a influência católica e as regras do Concílio de Trento, razão pela qual não se admitiam casamentos protestantes – as uniões protestantes eram consideradas mero concubinato – e se repudiou o divórcio.

As prescrições do Concílio de Trento haviam sido incorporadas oficialmente ao Direito pátrio, desde os tempos do Brasil Colônia, por meio das Constituições do Arcebispado da Bahia (1765), mas já estavam em vigor em todo o Reino de Portugal desde o Alvará de 12 de setembro de 1564 (FIGUEIREDO, 1790, p. 100; PIMENTEL, 2001, p. 77).

Para o casamento religioso, a legislação canônica exigia complexa documentação, que ia desde a comprovação de batismo à justificação do estado de solteiro, além de denunciação nas missas dominicais, para prevenir a ocorrência de outros impedimentos. Apesar das

dificuldades advindas dessas exigências, receber o sacramento e a benção religiosa era desejado, para regularização da união, e para se ter um *status* privilegiado (PIMENTEL, 2001, p. 77).

É possível afirmar que no Brasil Império já se difundiam, por influência do que se passava na Europa, em especial na França, ideias sobre a dessacralização do casamento.

Emília Viotti reproduz carta de Nicolau de Campos Vergueiro, de 16 de janeiro de 1854, dirigida ao presidente da Província, na qual o senador referiu-se "ao fato de os casamentos dos colonos evangélicos se processarem apenas por escritura pública, o que criava uma situação complexa, uma vez que as leis só reconheciam o casamento celebrado na Igreja" (COSTA, 1994, p. 164-165).

Dois casos marcantes ocorreram no Brasil, em 1847 e 1856, respectivamente, revelando a marcante influência tridentina. No primeiro caso, uma brasileira católica se casou com um protestante em Paris, perante a autoridade civil e o pastor. Seis ou sete anos mais tarde, quando residiam no Brasil, a mulher manifestou a vontade de se casar com outro homem, católico, e as autoridades eclesiásticas consultadas disseram-lhe que tinha plena liberdade para tal, tendo em vista que seu primeiro casamento era nulo e sem nenhum efeito. No outro caso, uma suíça e um alemão, ambos protestantes, casaram-se perante um pastor evangélico, no Rio de Janeiro. A mulher se converteu ao catolicismo e, doze anos mais tarde, quis se casar com outro homem, tendo obtido autorização formal do bispo local (LECKY, 1981, p. 172).

Sobre o Direito vigente no período, o comentário ao art. 95 da *Consolidação das Leis Civis* de Teixeira de Freitas confirmava a vigência, no tocante à celebração do matrimônio, dos Alvarás de 12 de setembro de 1564, de 8 de abril de 1569 e de 29 de fevereiro de 1840. Por esse motivo, determinava o referido art. 95 a *efetiva observância*, nos Bispados e nas Freguesias do Império, das disposições do Concílio de Trento e da Constituição do Arcebispado da Bahia (FREITAS, 1876, p. 103-104).

Em 1861, por sua vez, o Decreto nº 1.144, de 11 de setembro, estendeu os efeitos civis dos casamentos, celebrados na forma das leis do Império, consoante as disposições do Concílio de Trento e da Constituição do Arcebispado da Bahia, aos das pessoas que professavam religião diferente da católica, regulamentando, ainda, registro e provas de tais casamentos, bem como de nascimentos e óbitos das ditas pessoas, além das condições necessárias para que os pastores de religiões toleradas pudessem praticar atos que produzissem efeitos civis.

Em 1869, Lafayette Rodrigues Pereira publicou a obra primeira obra brasileira específica sobre o Direito de Família, com o título *Direitos de família*. Nesta, Lafayette explicava que (1889, p. 33):

> No estado atual do Direito Civil Brasileiro só são recebidas como validas e capazes de efeitos civis as três seguintes formas de casamento: 1. O casamento católico, celebrado conforme o concilio Tridentino e a constituição do arcebispado da Bahia; 2. O casamento misto, isto é, entre católico e pessoa que professa religião dissidente, contraído segundo as formalidades do Direito Canônico; 3. Finalmente, o casamento entre pessoas pertencentes às seitas dissidentes, celebrado de harmonia com as prescrições das religiões respectivas.
> Prevalece, pois entre nós, a doutrina que atribui à religião exclusiva competência para regular as condições e a forma do casamento e para julgar a validade do ato.

Pouco mais tarde, em 1874, por influência do Código Napoleão, pelo Decreto n° 5.604, foi instituído o registro civil para nascimentos, casamentos e óbitos. Até então, os registros desses fatos constituíam monopólio da Igreja Católica.

4 A REPÚBLICA, O CASAMENTO CIVIL E O DIVÓRCIO

Após a Proclamação da República, pelo Decreto nº 119-A, de 7 de janeiro de 1890, emanado do Governo Provisório – constituído havia pouco mais de dois meses –, deu-se a separação entre Igreja e Estado, reconhecendo-se a liberdade de culto aos brasileiros.

O casamento civil foi introduzido no Brasil, também em 1890, pelo Decreto nº 181, de 24 de janeiro. No mesmo ano, o Decreto n° 521, de 26 de junho, proibiu a celebração religiosa antes da civil, sob pena de prisão e multa. Em outubro, logo em seguida, a conduta constaria como tipo penal no Código Penal então promulgado: "Art. 284. O ministro de qualquer confissão, que celebrar as cerimônias religiosas do casamento antes do ato civil, será punido com seis meses de prisão e multa correspondente à metade do tempo".

Pouco mais tarde, a Constituição de 1891 estabeleceria que "a República só reconhece o casamento civil, cuja celebração será gratuita" (art. 72, § 4º).

Naturalmente, houve forte reação da Igreja Católica, e os clérigos, ainda em março de 1890, realizaram uma pastoral coletiva condenando a separação entre a Igreja e Estado, assim como atacaram o Decreto n° 181, que instituía o casamento civil, repudiando tais medidas do Governo Provisório de Deodoro da Fonseca. Conforme os bispos, as "constituições dogmáticas e disciplinares do Concílio Tridentino fazem parte dos princípios de nossa fé e das regras de nossa disciplina", pelo que "permanece em pleníssimo vigor, como até aqui, a sua legislação matrimonial, quer em relação ao modo de celebrar os casamentos, quer em relação às causas matrimoniais" (RODRIGUES, 1981, p. 36-37).

Paralelamente a esse processo de laicização do casamento começaram a surgir as primeiras vozes a favor da sua dissolução.

É que, conquanto o Decreto nº 181 de 1890 tratasse do divórcio nos arts. 80 a 92, estabelecia, no art. 88, que o divórcio *não dissolvia o vínculo do casamento*; que apenas autorizava indefinidamente a separação de corpos, e extinguia os efeitos do regime de bens.

Em defesa da dissolubilidade do casamento, Coelho Rodrigues e Nogueira Accioly, na Comissão de Justiça e Legislação do Senado Federal, em parecer de 1896, argumentaram o seguinte (CARNEIRO, 1977, p. 11-12):

> Que a instituição do divórcio é o complemento legal do casamento civil obrigatório, parece incontestável à Comissão. Com efeito, ninguém pode negar o fato da existência de muitos casais, cuja convivência tornou-se impossível, nem sustentar que a autoridade pública possa *manu militari* obrigar a viver juntos os cônjuges que se tornaram irreconciliáveis e muito menos negar que essa convivência, ainda que pudesse ser imposta à força, seria uma fonte de corrupção e aviltamento para a prole, de vergonha para a família de ambos, de escândalos para a sociedade e de perigos para a ordem pública.

Martinho Garcez, em 1900, apresentou, no Senado, um projeto de divórcio que chegou a ser aprovado em primeiro turno, embora soubesse das resistências que encontraria naquela época: "não me iludo sobre a sorte que terá a ideia este ano. Mas nada mais frágil do que a gota d'água que, entretanto, não cessando de cair, afunda rochas e remove montanhas" (CARNEIRO, 1977, p. 20).

Durante o *Primeiro Congresso Jurídico Brasileiro*, realizado no Rio de Janeiro, por iniciativa de Virgílio de Sá Pereira, fizeram-se votações nominais, e os juristas se manifestaram, majoritariamente, a favor do divórcio. Também a imprensa tomou parte na promoção do debate, amplamente divulgado por Heitor Lima, em suas colunas no *Correio da Manhã* (CARNEIRO, 1977, p. 13).

Não obstante, o divórcio demoraria ainda muitos anos para ser introduzido no Brasil.

Mesmo com a promulgação do Código Civil, em 1916, o casamento permaneceu indissolúvel. Isso porque, segundo Clóvis, caso se permitisse a dissolubilidade do casamento, "pessoas irrefletidas casariam sem atender à gravidade e à santidade do ato, e, no outro dia, estariam em combinação para desatar, sorrindo, o laço que deram por simples desfastio" (BEVILÁQUA, 1945, p. 216).

Quando foram convocadas eleições para a Constituinte, em 1933, surgiu a *Liga Eleitoral Católica*, que exigia, por escrito, o compromisso dos candidatos sobre determinados assuntos – um dos principais era que o candidato se opusesse ao divórcio (CARNEIRO, 1977, p. 13).

Na época, Rui Barbosa insurgiu-se acidamente sobre o tema, sob a alegação de que a maioria do povo brasileiro seria contrária à dissolubilidade matrimonial: “os propagandistas da mercadoria refugada pela cristandade brasileira não perderão a oportunidade, que lhes ministra o efêmero triunfo, de registrar um sintoma animador para as suas aspirações” (BARBOSA, 1933, p. 8).

Tamanha foi a pressão que acabou sendo inserido, na Constituição de 1934, dispositivo que declarava a indissolubilidade do casamento: “Art. 144. A família constituída pelo casamento indissolúvel está sob a proteção especial do Estado”.

As demais Constituições da República – 1946 e 1967 –, até o advento da Emenda Constitucional nº 9, de 28 de junho de 1977, também previam a indissolubilidade do casamento, impedindo qualquer regulamentação infraconstitucional do divórcio no país.

Em sua atuação como congressista, Nelson Carneiro, líder da corrente divorcista, apresentou diversos projetos de lei voltados para mitigar o vínculo *ad vitam* do casamento, tendo sido todos rejeitados até o ano de 1977, quando, então, foi aprovada a Emenda Constitucional nº 9.

A batalha final, na luta pelo divórcio, deu-se mediante um estratagema bastante sofisticado.

Percebendo que não obteriam o quórum de 2/3, necessário para a aprovação da Emenda Constitucional que abolisse a indissolubilidade do casamento, os divorcistas mobilizaram-se e lograram êxito na aprovação da Emenda Constitucional nº 8, de 14 de abril de 1977, a qual alterou o quórum exigido para a reforma da Constituição, de 2/3 para maioria simples. Com a redução do quórum, por ocasião da discussão do divórcio, alcançou-se o número mínimo de votos para aprovação, e a Emenda Constitucional nº 9 finalmente foi promulgada, em 28 de junho de 1977.

Modificada a redação do art. 175, § 1º, da Constituição, pela referida Emenda Constitucional, a dissolução do vínculo conjugal passou a ser permitida sob duas modalidades: uma geral, denominada *divórcio por conversão* (ou indireto) e, outra, extraordinária, chamada de *divórcio direto.* O texto da Emenda Constitucional foi reproduzido na Lei do Divórcio. No primeiro caso, exigia-se prévia separação judicial e o decurso do prazo de três anos. A outra hipótese pressupunha separação de fato há mais de cinco anos.

Tendo em vista o longo decurso de tempo e a acirrada contenda política para que se abolisse a indissolubilidade matrimonial, o Senador Nelson Carneiro, no início de sua obra *A luta pelo divórcio,* homenageia Martinho Garcez ao afirmar que *a gota d'água venceu*: “setenta

e sete anos transcorreram. E a gota d'água ruiu as rochas dos preconceitos e destroçou as montanhas da incompreensão" (CARNEIRO, 1977, p. 20).

Todavia, a vitória na introdução do divórcio sofreu uma significativa derrocada. A Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977, no art. 38, só permitia às pessoas se divorciarem uma única vez.

O dispositivo foi introduzido na Lei do Divórcio por iniciativa do Senador Benedito Ferreira, sob a seguinte justificativa (CENEVIVA, 1978, p. 74):

> O divórcio foi aprovado sob a justificação de que era preciso dar aos que fracassaram no casamento uma nova oportunidade. Ora, não se justifica, por conseguinte, a concessão do divórcio senão uma única vez. Admitir o contrário seria negar o próprio fundamento invocado para o acolhimento desse instituto em nossa legislação. Além do mais, é preciso que se estabeleça um dique à proliferação das uniões irresponsáveis, ainda mais agora quando a perspectiva da possibilidade de novos casamentos pode incentivar precipitações e leviandades maiores do que as que já se verificaram, na celebração de primeiras núpcias, pois muitos ousarão casar-se pensando que, "se não der certo, pode-se partir para outras experiências". (...)
> Esperamos o apoio não só dos companheiros indissolubilistas como dos próprios ilustres divorcistas sinceramente desejosos de preservar a família de impactos dissolventes de efeitos negativos irremediáveis.

Tratava-se, na verdade, de uma tentativa de reimplantar a indissolubilidade do vínculo conjugal, pois, se uma pessoa divorciada se casasse com outra, também divorciada, nenhuma delas poderia obter o divórcio, ferindo-se o art. 175, § 1º, da Constituição e o princípio da igualdade (previsto no art. 153, § 1º, da Constituição de 1967).

Logo, vários autores sustentaram a inconstitucionalidade do mencionado dispositivo (SANTOS, 1978, p. 122; MIRANDA, 1978, p. 199; FRANÇA, 1978).

Não obstante a vasta construção doutrinária em prol da inconstitucionalidade do art. 38 da Lei do Divórcio, em 1981, o Pleno do Supremo Tribunal Federal (STF) julgou sua *conformidade* com a Constituição. Dois fundamentos, lançados pelo Relator, Ministro Moreira Alves, foram acolhidos por sete dos outros nove julgadores: se o § 1º do art. 175 somente admitia a dissolução do casamento nos casos expressos em lei, era à lei que cabia estabelecer tais hipóteses, além do requisito de três anos de separação judicial, pois o texto constitucional não declarava que o divórcio era irrestrito, e, sendo a regra restritiva (só se admitia um divórcio) igual para todos, não havia ofensa à isonomia; quanto ao argumento sobre um divorciado que se casasse com pessoa solteira, tampouco se ofendia a isonomia, vez que tal circunstância seria idêntica àquela da homologação de sentença de divórcio de brasileiro casado com estrangeiro, pela qual o divórcio, antes da sua admissão no Brasil, era eficaz, mesmo no território nacional,

com relação ao cônjuge alienígena, e, quanto ao brasileiro, produzia efeitos de mero desquite (STF, 1981).

5 DISCUSSÕES SOBRE A NATUREZA JURÍDICA DO CASAMENTO CIVIL: INSTITUIÇÃO OU CONTRATO?

No Brasil, como visto, logo no início do período republicano, o casamento se tornou civil, e se *divorciou* da Igreja Católica. Não obstante, tal fato não foi suficiente para que a doutrina concordasse sobre sua natureza jurídica.

Nesse sentido, pontuou Clóvis: "tendo a religião, por muito tempo, monopolizado a celebração do casamento, e tendo o cristianismo elevado este ato à categoria de um sacramento, ainda hoje há juristas, que se arreceiam de declará-lo um contrato" (BEVILÁQUA, 1933, p. 37).

Duas correntes, então, acabaram se firmando acerca do assunto: a corrente institucionalista e a corrente contratualista.

Verifica-se que a corrente institucionalista surgiu com os compiladores do Código Civil italiano de 1865, e foi ratificada, na Europa, por juristas como Cicu, Hauriou, Bonnecase e Henri de Page (ESPÍNOLA, 1957, p. 46-47).

Tal corrente defende ter o casamento natureza jurídica de *instituição*, à qual as partes têm apenas a faculdade de aderir, sem liberdade para modificar a grande maioria das suas normas reguladoras, abundantes de interesse público, e inderrogáveis pela vontade das partes (JEMOLO, 1954, p. 39-50).

Para a corrente, como instituição, o casamento, além de gerar direitos e deveres, origina um estado, que tem primazia sobre o ato que o instituiu. A mudança do estado civil promove efeitos não somente entre os cônjuges, mas também perante terceiros, criando os vínculos de afinidade, a necessidade de outorga conjugal em diversos negócios jurídicos, e, ainda, a necessidade de previsão legal autorizativa para que se dissolva.

Na segunda metade do século XX, na França, os irmãos Mazeaud estabeleceram quais seriam as principais distinções entre *contrato* e *instituição*.

Conforme tal lição, o contrato consiste em um ato jurídico, nascido do acordo de duas ou mais vontades que criam as obrigações, um liame de direito entre os contratantes. As vontades dos contratantes têm plenos poderes para regular como desejarem as modalidades do seu contrato, e também para extingui-lo ou modificá-lo por acordo (*mutuus dissensus*). Mas, na

falta de semelhante acordo, as obrigações do contrato devem ser cumpridas. Se um dos contratantes se recusar, o outro pode, seja constrangê-lo ao cumprimento, seja demandar a resolução do contrato (MAZEAUD *et al*., 1995, p. 50-51).

Ao contrato se opõe a instituição. Trata-se de uma situação jurídica cujas regras são fixadas previamente pelo legislador, fora da esfera de intervenção da vontade dos interessados. Certas instituições se impõem ao indivíduo; assim, o cidadão não é livre para escapar aos quadros do Estado. Mesmo quando é livre para se submeter ou não a uma instituição, o indivíduo, se consente em se submeter, deve aceitá-la tal como ela é, sem poder modificar as regras que a governam (MAZEAUD *et al*., 1995, p. 50-51).

No Brasil, vários autores aderiram, explicitamente, à corrente institucionalista. Podem ser citados como exemplo Lafayette Rodrigues Pereira (1889, p. 12-14), ainda no século XIX, e Maria Helena Diniz (2002, p. 44), na segunda metade do século XX.

Em sua obra *Direitos de família*, Lafayette afirmava que "o casamento, atenta a sua natureza íntima, não é um contrato, antes difere dele profundamente, em sua *constituição*, no *seu modo de ser*, na *duração* e alcance de seus efeitos", e que "fora desconhecer-lhe a natureza íntima equipará-lo aos contratos para regulá-lo como se fora uma convenção" (1889, p. 12-13).

Ao tempo de Lafayette, predominava a visão tradicional da família patriarcal, cujo "chefe" era o marido. Nesse sentido, explicava o autor que "não poderia a sociedade conjugal subsistir regularmente se o poder de dirigir a família e reger-lhe os bens não estivesse concentrado em um só dos cônjuges" e que "desta necessidade resultou o poder marital, cuja denominação provém de ter sido ele conferido exclusivamente ao marido, como o mais apto pelos predicados do seu sexo para exercê-lo" (PEREIRA, 1889, p. 63).

Todavia, mesmo escrevendo antes das mudanças legais que dessacralizaram o casamento no Brasil, Lafayette já defendia que (1889, p. 15):

> É inquestionável o direito que a cada religião pertence, de regular a intervenção do elemento divino no casamento, marcando-lhe as condições de validade e a forma, para que o ato se torne perfeito ante suas prescrições e possa receber a graça que lhe é prometida.
> Mas é, também, fora de toda a dúvida que, por sua natureza e por seus efeitos na vida social, entra o casamento na esfera das atribuições do Estado, o qual, para fixar-lhe a forma, condições e efeitos, enquanto ato civil, tem tanta competência quanta para regular o estado das pessoas, a organização da propriedade, as sucessões e os demais assuntos de domínio do Direito Privado.

Maria Helena Diniz, a seu turno, já na segunda metade do século XX, e assimilando a opinião de Guillermo Borda, argumenta que (DINIZ, 2002, p. 44):

> a) o contrato é uma especulação (o vendedor procura o preço mais alto e o comprador, o mais baixo); a instituição, um *consortium*, onde os interessados são coincidentes; b) o contrato rege-se pela igualdade; a instituição, pela disciplina; c) o contrato é uma mera relação, produzindo efeitos somente entre as partes; a instituição, uma entidade que se impõe tanto às partes como a terceiros; d) o contrato é uma relação exterior aos contratantes, é um laço obrigacional; a instituição, uma interiorização; e) o contrato representa uma trégua na batalha dos direitos individuais, sendo produto da concorrência; a instituição, um corpo cujo destino é ser compartido por seus membros, portanto produto da comunicação; f) o contrato é precário, desata-se como foi formado, extinguindo-se com o pagamento; a instituição é feita para durar; g) o contrato é uma relação subjetiva de pessoa a pessoa; as relações institucionais são objetivas e estatutárias.

A corrente contratualista, por sua vez, defende ter o casamento a natureza jurídica de um *contrato*.

Como contratualistas, no Brasil, podem ser citados Clóvis Beviláqua e Eduardo Espínola.

Antes de ser escolhido para elaborar o quinto projeto de Código Civil brasileiro, em 1899, Clóvis já havia escrito obras acerca do Direito Civil – o que, justamente, levou ao honroso convite para trabalhar na codificação. A primeira delas, publicada em 1896, era justamente o livro sobre o Direito de Família.

Em tal obra, curiosamente, Clóvis já argumentava: "não tenhamos os escrúpulos de Savigny, e coloquemos o matrimônio 'ao lado da venda como um contrato consensual'" (1933, p. 37). Defendia, ademais (BEVILÁQUA, 1933, p. 37):

> Será um contrato mais solene do que qualquer outro, pois que envolve como dizia Lord Robertson, a mais importante de todas as transações humanas, e é a base de toda a constituição da sociedade civilizada; terá efeitos mais extensos, valor social maior, pois que legitima a família e faz tecer-se uma rede extensíssima de relações, direitos e deveres; mas, em todo caso, é um contrato.

Conforme Eduardo Espínola, que também aderiu à corrente contratualista (ESPÍNOLA, 1957, p. 50-51):

> o casamento é um contrato que se constitui pelo consentimento livre dos esposos, os quais, por efeito de sua vontade, estabelecem uma sociedade conjugal que, além de determinar o estado civil das pessoas, dá origem às relações de família, reguladas, nos pontos essenciais, por normas de ordem pública.
> É, em sua constituição, um verdadeiro contrato, para o qual a própria capacidade dos contratantes é rigorosamente firmada em lei especial; a intervenção da autoridade pública no ato não é constitutiva, mas declaratória ou confirmativa do mútuo acordo, manifestado pelos contraentes.

Devido à polarização entre as correntes contratualista e institucionalista, surgiram outras correntes, algumas tentando conciliar aspectos das duas primeiras, outras buscando inovar, a partir de elementos de uma ou outra doutrina.

Para os autores que adotaram a teoria do *ato* ou *contrato complexo*, como Aubry et Rau, Planiol, Ripert e Ruggiero, o casamento consiste em um *negócio jurídico* de natureza complexa, reunindo a vontade dos contraentes e a vontade do Estado (ESPÍNOLA, 1957, p. 47-48). O fato de reunirem essas vontades é que explicaria porque só o consenso dos cônjuges não é suficiente para promover o desfazimento da sociedade ou do vínculo conjugal. Pelo mesmo motivo, os nubentes não podem apor condições ou termos, acrescentar modalidades ou cláusulas, nem disciplinar as relações conjugais diversamente de como previsto em lei. O casamento seria contrato em sua formação, e instituição em sua existência e finalidade (AUBRY *et* RAU, 1962, p. 8-10; PLANIOL, 1948, p. 18; RIPERT *et al.*, 1956, p. 447; RUGGIERO, 2005, p. 109-113).

No Brasil, aderiu a esse entendimento, dentre outros, Flávio Tartuce (2016, p. 48).

Outra corrente, ainda, foi defendida na Itália por Francesco Degni, e atribui ao casamento o caráter de *contrato especial* subordinado nos requisitos de constituição e no conteúdo a um conjunto de disposições referentes aos interesses público e social. Ou seja, em razão de sua natureza *sui generis*, o casamento poderia ser considerado um *contrato de direito de família*. A principal diferença, em relação à corrente anterior, deve-se ao fato de aqui ser excluído o concurso da vontade do Estado para a constituição do casamento. Explica Degni que o elemento constitutivo remanescente, sempre e só, é a vontade dos esposos (1943, p. 5).

Também na Itália, Arturo Jemolo, por sua vez, discorreu sobre a negação da natureza contratual do casamento pela doutrina mais antiga, e explicou que aquelas ideias deveriam ser interpretadas tendo em vista o pensamento de seus autores e a terminologia da época. Assim analisando a matéria, concluiu o autor que o que se negava era ser o casamento um contrato equiparável aos contratos de tipo econômico, os quais eram considerados contratos por excelência. Todavia, não se negava, de modo algum, que o casamento pudesse pertencer a uma categoria mais vasta de convenções e acordos – da qual os contratos de base econômica seriam uma das espécies. Para evitar essas dúvidas, Jemolo acolheu a teoria de Emilio Betti, que indica o casamento como espécie de acordo, explicando que contrato e acordo não se contrapõem, mas refletem duas concepções diversas do negócio bilateral ou plurilateral (JEMOLO, 1954, p. 45-50).

6 CONCLUSÃO

Na trajetória histórica aqui traçada verificou-se que ideias contrárias à visão sacralizada do casamento se difundiram na França após a Reforma, tendo ganhado força com a Revolução Francesa, e repercutido, inclusive, no Brasil. Conforme se viu, na França, a Constituição de 1791 e o Código Civil de 1804 consolidaram a noção do casamento civil, nascida anos antes. A ideia da sua dissolução pelo divórcio, todavia, somente se consolidaria mais de meio século mais tarde, após o fim do período da Restauração Bourbon.

No Brasil Império, conforme se demonstrou, prevaleceu o casamento religioso e indissolúvel. Somente na década de 1880 é que se passaria a atribuir efeitos a alguns casamentos de não católicos. Logo após a Proclamação da República, no entanto, consolidou-se a ideia do casamento civil, com a promulgação da Constituição de 1891. A dissolubilidade do casamento pelo divórcio, por sua vez, só seria incorporada ao ordenamento quase um século mais tarde, e após a promulgação de três outras constituições.

Mesmo no contexto jurídico posterior a 1977, de casamento civil passível de dissolução pelo divórcio, todavia, a doutrina brasileira ainda se divide, em termos de natureza jurídica do casamento, entre institucionalistas e contratualistas.

Contudo, é possível perceber que os autores pátrios que assumiram posição institucionalista o fizeram antes do advento do divórcio, ou quando somente era possível divorciar-se uma vez e, ainda, sob a ótica de um modelo conjugal hierarquizado.

Além disso, a visão de contrato contida no Código Civil de 1916, cujas características Maria Helena Diniz destacou, deriva-se do individualismo e do liberalismo próprios do movimento de codificação oitocentista, cuja disciplina baseava-se no paradigma da autonomia da vontade, fundamento da obrigatoriedade contratual.

Ocorre que, assim como no casamento, houve uma sensível alteração da concepção clássica do contrato, forjada a partir dos séculos XVII e XVIII, centrada nas ideias que culminaram nas grandes codificações, especialmente a partir do Código Napoleão, em que o contrato e a propriedade representavam o triunfo da autonomia da vontade, de uma liberdade individual exacerbada, voltada para a satisfação quase incondicional de interesses próprios, em homenagem à soberania e poder do indivíduo, consagrando a propriedade como um direito absoluto, tendo o contrato, como traço essencial, o *pacta sunt servanda* (GOMES, 1967, p. 12).

Paralelamente, desde o fim do século XVIII e começo do século XIX, desenvolveu-se uma enorme produção de instituições destinada à vigilância e controle permanente das pessoas,

através de um conjunto de pequenos poderes, inferiores ao Estado, criando-se uma espécie de rede institucional de *normalização* dos homens (FOUCAULT, 1986, p. 91).

Diante disso, era natural que se instaurasse, naquele período, a dicotomia entre contrato e instituição na esfera do casamento.

Todavia, ao longo da primeira metade do século XX, o paradigma da autonomia da vontade foi substituído pelo da autonomia privada, segundo o qual tanto a liberdade de contratar quanto a liberdade contratual se submetem a diversas limitações impostas pela ordem jurídica.

Ademais, a partir da segunda metade do século XX, devido às grandes mudanças ocorridas, entrou em crise o mencionado modelo tradicional de família conjugal. Produziu-se a denominada *democratização* da família com a progressiva redução da *potestas* do marido, até que a chefia da sociedade conjugal não pôde mais subsistir, no caso do Brasil, diante da incompatibilidade com a nova ordem constitucional instaurada em 1988.

No contexto do fim da segunda década do século XXI, após o STF ter reconhecido a constitucionalidade da união estável homoafetiva e da multiparentalidade – a despeito de ter o CNJ, na falta de posicionamento do Supremo sobre o assunto, proibido a lavratura de uniões poliafetivas –, a tendência parece ser a da consolidação da visão contratual do casamento.

O debate, não obstante, ainda persiste. Conforme afirmado nas considerações iniciais, o Direito de Família vive, na transição dos anos 2010 para os anos 2020, um período de forte tensão entre maior autonomia, de um lado, e maior regulação estatal, de outro. Os próximos passos da trajetória que aqui se relatou somente trabalho futuro poderá narrar.

REFERÊNCIAS

ADAMS, Geoffrey. *The Huguenots and French Opinion, 1685-1787:* The Enlightenment Debate on Toleration. Waterloo: Wilfrid Laurier University Press, 1991.

AUBRY, Charles; RAU, Charles-Frédéric. *Droit Civil Français.* Vol. 7. Paris: Librairies Techniquees, 1962.

BARBOSA, Rui. *O divórcio e o anarchismo.* Rio de Janeiro: Ed. Guanabara, 1933.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado.* Vol. 2. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1945.

_____. *Direito da Família.* 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1933.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. Projeto de Lei 6.583/2013. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=58204680E3B173779494A8568285FDB1.proposicoesWebExterno1?codteor=1159761&filename=PL+6583/2013>. Acesso em: 30 mar. 2019.

CARBONNIER, Jean. *Droit Civil:* Introduction. Les personnes, la famille, l'enfant, le couple. Paris: PUF, 2004.

CARNEIRO, Nelson. *A luta pelo divórcio:* a síntese de uma campanha em defesa da família. São Paulo: Editora Lampião Ltda, 1977.

CENEVIVA, Walter. *Anotações à lei do divórcio.* São Paulo: Saraiva, 1978.

COSTA, Emília Viotti da. *Da monarquia à república:* momentos decisivos. 6. ed., São Paulo: Brasiliense, 1994.

CNJ. Pedido de Providências nº 0001459-08.2016.2.00.00002018. Plenário. Relator: Cons. João Otávio de Noronha. Data da decisão: 29/06/2018.

DEGNI, Francesco. *Il diritto di famiglia nel nuovo codice civile italiano.* Padova: Cedam, 1943.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro:* Direito de Família. Vol. 5. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

ESPÍNOLA, Eduardo. *A Família no Direito Civil Brasileiro.* Rio de Janeiro: Conquista: 1957.

FIGUEIREDO, Jozé Anastasio de. *Synopsis Chronologica de subsidios ainda os mais raros para a historia e estudo critico da legislação portugueza.* Tomo II. Lisboa: Officina da Academia Real das Sciencias, 1790.

FRANÇA. Constitution de 1791. Disponível em: <https://www.conseil-constitutionnel.fr/les-constitutions-dans-l-histoire/constitution-de-1791>. Acesso em: 31 mar. 2019.

_____. Édit de Versailles (7 novembre 1787). Disponível em: <http://huguenotsweb.free.fr/histoire/edit1787.htm>. Acesso em: 31 mar. 2019.

_____. Loi du 20 septembre 1792. Disponível em: <http://biron-rivet.fr/documents/loi.html>. Acesso em: 31 mar. 2019.

FRANÇA, Rubens Limongi. *A lei do divórcio comentada e documentada.* São Paulo: Saraiva, 1978.

FREITAS, Augusto Teixeira de. *Consolidação das Leis Civis.* 3. ed. Rio de Janeiro: B. L. Garnier, 1876.

FOUCAULT, Michel. *La verdad y las formas jurídicas.* Cidade do México: Gedisa Mexicana, 1986.

GOMES, Orlando. *Transformações gerais do direito das obrigações.* São Paulo: RT, 1967.

HAURIOU, Maurice. *La teoría de la institución y de la fundación.* Traduzido por Arturo Enrique Sampay. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1968.

JEMOLO, Arturo Carlo. *El matrimonio.* Traduzido por Santiago Santis Melendo y Marino Ayerra Redin. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1954.

LECKY, William Edward Hartpole. *Democracy and Liberty.* Vol. 2. Indianapolis: Liberty Fund, 1981.

MALAURIE, Philippe; AYNÈS, Laurent. *La famille.* 3. ed., Paris: Defrénois, 2009.

MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Léon; MAZEAUD, Jean; CHABAS, François. *Leçons de Droit Civil:* La Famille. 7. ed. Paris: Montchrestien, 1995.

MIRANDA, Darcy Arruda. *A lei do divórcio interpretada (doutrina e prática).* São Paulo: Saraiva, 1978.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil:* Direito de Família. Vol. 2. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Direitos de Família.* 2. tiragem. Rio de Janeiro: B. L. Garnier, 1889. [A primeira edição é de 1869.]

PIMENTEL, Helen Ulhôa. *O casamento na construção da ordem colonial.* Universitas-História, Brasília, v. 1, n. 1, 2001.

PLANIOL, Marcel Fernand. *Traité élémentaire de droit civil.* Paris: Dalloz, 1948.

RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do Direito.* Traduzido por L. Cabral de Moncada. Coimbra: Arménio Amado Editor, 1997.

RIPERT, Georges; BOULANGER, Jean, PLANIOL, Marcel. *Traité de droit civil: d'après le traité de Planiol.* Vol. 1. Paris: L.G.D.J., 1956.

RODRIGUES, Anna Maria Moog (editora). *A Igreja na República. Coleção pensamento político republicano.* Brasília: UnB, 1981.

RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de Direito Civil.* Vol. 2. Traduzido por Paolo Capitanio. São Paulo: Bookseller, 2005.

SANTOS, Ulderico Pires dos. *A lei do divórcio interpretada.* Rio de Janeiro: Forense, 1978.

SENADO. Projeto de Lei do Senado nº 470/2013. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4590857&ts=1553274050748&disposition=inline>. Acesso em: 30 mar. 2019.

STF. RE 898.060. Tribunal Pleno. Relator: Min. Luiz Fux. Data do julgamento: 21/09/2016. Data da publicação: 24/08/2017.

STF. Representação nº 1000/DF. Tribunal Pleno. Relator: Min. Décio Miranda. Data do julgamento: 20/05/1981. Data da publicação: 07/05/1982.

SZRAMKIEWICZ, Romuald. *Histoire du droit français de la famille.* Paris: Dalloz, 1995.

TARTUCE, Flávio. *Direito Civil:* Direito de Família. Vol. 5. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

VAN ROOSBROECK, Gustav Leopold. *Persian Letters Before Montesquieu.* New York: Lenox Hill Pub. & Dist. Co., 1932.

VOLTAIRE. *Oeuvres complètes de Voltaire:* Dictionnaire philosophique. Paris: Imprimerie de Ch. Lahure et Cie, 1860.

WALD, Arnold. *O Novo Direito de Família.* 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

ZANNONI, Eduardo. *Derecho Civil:* Derecho de Familia. Tomo I. Buenos Aires: Astrea, 1993.