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.

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

HISTORICAL ASPECTS OF INTERRELATIONAL LIBERTY IN FAMILY LAW: FROM THE METAJURIDIC ELEMENTS TO THE DIVORCE IN BRAZIL

Bruna Agostinho Barbosa Altoé
José Sebastião de Oliveira

Resumo

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

Palavras-chave: História, Família, Liberdade afetiva, Divórcio, Autonomia

Abstract/Resumen/Résumé

The notion that the human being is free represents the core of his own dignity. In any case, this freedom was not fully considered throughout history. This article seeks analyze relational freedom with the focus on the idea of family throughout history, tracing notions of Ancient Rome and, above all, how Christianity and the liberal ideas from the Napoleonic Code influenced the Brazilian legal scenario to the theme. Based on these manifestations, a critical study of the chronology of national positive law on divorce is also realized, comparing it with the degrees of freedom and juridical paternalism of each moment

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: History, Family, Affective freedom, Divorce, Autonomy

INTRODUÇÃO:

Modernamente, o termo "Família" é utilizado para se referir, em sentido amplo, à reunião ou conjunto de pessoas vinculadas por parentesco consanguíneo, seja na linha reta ou colateral, ou ainda, em sentido estrito, a ideia de pessoas vinculadas entre si pelo vínculo do matrimônio (conceito que engloba, de maneira mais restrita, os cônjuges e seus filhos). O conceito de família, todavia, nunca foi estático ou imutável, e sempre esteve ligado ao momento histórico e aos costumes de determinada sociedade, conforme se demonstrará no bojo do presente trabalho.

Sabe-se que o Direito passa por influências históricas que não devem ser ignoradas para a exata compreensão de seus mais profundos temas. Dentro desta ótica, poucos institutos revelam tamanha pertinência, para sua exata assimilação, quanto à ideia de família, sobretudo por se tratar de avaliação que historicamente sempre dialogou com importantes questões metajurídicas (ex: religião).

Ciente de tal importância, o presente trabalho busca traçar um breve panorama histórico a respeito da liberdade interrelacional do ser humano, e como essa autonomia afetiva foi tratada, ao longo do tempo, pelos sistemas (jurídicos ou não jurídicos) que influenciaram a regulação jurídica da liberdade afetiva no Brasil. Sob tal perspectiva, o presente trabalho, embora não ignore a existência de diferentes projeções históricas, toma por enfoque três pilares: a família na Roma Antiga, a ideia de família fruto do cristianismo e a influência do Código Civil Napoleônico quanto ao tema.

Com o propósito de cumprimento de tal missão, amparando-se em investigação histórica (com base em produções acadêmicas e documentos normativos específicos), foram elaborados quatro capítulos. No primeiro deles, promove-se a leitura de como a família era conceituada e regulada na Roma Antiga, passando-se por leituras dos dados culturais da época e pelas repercussões jurídicas dali originadas. No segundo capítulo, ciente de sua influência no sistema pátrio, imerge-se em uma análise a respeito das contribuições e dos distintos tratamentos que o cristianismo e o Direito Canônico deram para a ideia de família ao longo do tempo. No terceiro capítulo tratou-se da influência das ideias liberais sobre a família e o divórcio no Código Civil Napoleônico.

No último capítulo, partindo-se das premissas históricas anteriormente apontadas, imerge-se na análise da cronologia histórica do direito positivo brasileiro a respeito da família e do divórcio. Ciente da extensão do tema, promoveu-se uma

delimitação da análise a partir de como a autonomia afetiva foi tratada, no Brasil, ao longo do tempo, observando-se, para tanto, a evolução do instituto do divórcio, dialogando-se, em cada marco temporal do Direito positivo, com o grau de intensidade (do maior para o menor) do paternalismo jurídico de cada período (paternalismo esse fruto das manifestações históricas pretéritas e da regulação do Direito por elementos metajurídicos tais como a religião).

1. APONTAMENTOS SOBRE A FAMÍLIA NA ROMA ANTIGA

Quando se debruça sobre o estudo deste instituto no Direito Romano deve-se levar em consideração cinco grupos de pessoas ligadas entre si pelo parentesco ou casamento, conforme ensina José Carlos Moreira Alves[1]:

> a) a *gens*, cujos membros, que se denominavam *gentiles*, julgavam descender de um antepassado comum, lendário e imemorável , do qual recebiam o nome gentílico (e era esse nome, e não necessariamente, o parentesco consanguíneo, que os unia);b) a *família comuni iure*, conjunto de pessoas que, sendo agnadas (isto é, ligadas por um parentesco agnatício – vide no. 85), estariam sujeitas à *potestas* de um *pater familias* comum, se ele fosse vivo; c) o conjunto de *cognados* em sentido estrito, isto é, aqueles que, não sendo agnados ums dos outros, estavam ligados apenas pelo parentesco consanguíneo; d) *familia proprio iure*, o complexo de pessoas que se encontravam sob a *potestas* de um *pater familias*; e e) *familia natural* (denominação devida a romanistas modernos) agrupamento constituído apenas dos cônjuges e seus filhos, independentemente de o marido e pai ser, ou não, pater familias da mulher e dos descendentes imediatos.

Na classificação acima apontada depreende-se que, enquanto hoje o Direito de Família Moderno se volta apenas para o que os romanos denominavam *familia natural* (ou seja, o agrupamento baseado no casamento e formado, essencialmente, pelos cônjuges e seus filhos) o direito romano se ocupava também – e principalmente – da *familia proprio iure*, fundada na figura do *pater familias*.

De fato, o *pater familias* era a figura de grau máximo na Roma Antiga, sempre ocupada por pessoa do sexo masculino. Sua autoridade era praticamente absoluta, podendo, inclusive, ser comparado a um déspota[2], já que tinha poder de vida e de morte

[1] ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano* – 16. Ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 602.
[2] Idem, p. 621.

sobre seus filhos, sob sua mulher (em alguns casos) e sob seus escravos, ou seja, todos que estivessem sob sua mão (*sub manu*).

Para se entender a concepção de família dos antigos romanos não se pode olvidar a importância da religião doméstica para esta civilização. A religião foi o princípio constitutivo da família antiga, como ensina Fustel de Coulanges[3]; era por meio do culto aos mortos, ou seja, a veneração aos ancestrais em comum, que cada família se reunia, para cultuar seus deuses, tudo sob a ótica da autoridade paterna[4].

Como já assinalado anteriormente, o conceito de família na Roma Antiga não se baseia exclusivamente no parentesco por consaguineidade ou afinidade, mas sim na relação de dependência e subordinação de seus membros com relação ao *pater familias*. Assim, pessoas ligadas entre si pelo vínculo sanguíneo poderiam ou não ser consideradas da mesma família; "um filho emancipado ou uma filha casada não são partes integrantes da mesma família. O que unia os membros da família antiga não era o nascimento ou o sentimento, mas a religião do fogo sagrado e dos antepassados", conforme explica Jenny Magnani de O. Nogueira[5].

Tamanho era o poder do *pater familias* sobre os membros de sua família, que consta do Digesto de Justiniano citação atribuída a Gaio que retrata justamente o estrado de sujeição dos filhos com relação à autoridade paterna[6]:

> *D. 1.6.3 GAIUS libro primo institutionum:Item in potestate nostra sunt liberi nostri, quo ex iustis nuptiis procraeverimus: quod ius proprium civiium Romanorum* (Igualmente estão em nossa *potestas* os nossos filhos os quais tivermos procriado em justas núpcias, direito este que é próprio dos cidadãos romanos).

Bem se vê que a vida dos cidadãos romanos estava nas mãos de seus respectivos chefes de família, de modo que as relações entre as pessoas ficavam sujeitas ao arbítrio de seus respectivos *pater famílias*. A autoridade paterna era quem detinha, inclusive, personalidade; assim, quando o patriarca falecia, a personalidade, bem como a

---

[3] COULANGES, Fustel de. A cidade antiga. Tradução de Frederico Ozanam Pessoa de Barros, p. 34. Disponível em http://bibliotecadigital.puc-campinas.edu.br/services/e-books/Fustel%20de%20Coulanges-1.pdf. Acesso em 18.01.2019.

[4] NOGUEIRA, Jenny Magnani de Oliveira. *A instituição da família em "A Cidade Antiga*." Capítulo 5 da Obra: Fundamentos de História do Direito. Antonio Carlos Wolkmer (organizador) – 9. Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2016, p. 120.

[5] Idem, ibidem.

[6] JUSTINIANO I, Imperador do Oriente, 483 – 565. Digesto de Justiniano, *liber primus*: introdução ao direito romano; tradução de Hélcio Moreira Maciel França Madeira. – Prólogo Pierangelo Catalano. – 4. Ed. Rev. da tradução – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 74.

titularidade do cargo de chefe da religião doméstica passava ao seu filho varão, que se tornava, ele próprio *pater familias*.[7]

Justamente para que a religião doméstica familiar pudesse se perpetuar, já que o culto era praticado de forma hereditária, que a adoção foi um instituto de grande importância, comumente utilizado pelos antigos[8], uma vez que aquele que não tivesse filho poderia adotar e, assim, dar continuidade à sua religião doméstica.

É por esta razão que a instituição familiar, neste contexto histórico, está muito mais ligada à necessidade de perpetuação do culto doméstico do que aos laços de parentesco, seja de consanguinidade ou de afetividade.

O instituto do casamento, por exemplo, era visto com extrema seriedade pelos nubentes, pois, ao se casar a mulher abandonava o lar paterno e passava a cultuar os deuses da família de seu esposo; muito além de mudar de residência, trocava-se de religião, pois "a partir do casamento, a mulher nada mais tinha em comum com a religião doméstica de seus pais, passando a cultuar e adorar outros deuses até então desconhecidos"[9]. Tudo isto porque não era permitido invocar dois ancestrais diversos, dois fogos sagrados. E era justamente por meio do casamento que se dava essa mudança; daí porque não se permitia poligamia e o divórcio somente se dava por meio de outra cerimônia religiosa e em raríssimas circunstâncias, conforme ensina Jenny Nogueira, citando o festejado historiador francês, Fustel de Coulanges[10]. Explica ainda, a autora, que a causa principal desta situação residia justamente no dever de perpetuar a família para evitar que a religião se acabasse; por esta razão a esterilidade da mulher era um dos motivos para por fim ao casamento.

De fato, o divórcio era um instituto que existia e era aceito pelos romanos em determinadas circunstâncias[11]. Nos tempos mais antigos o divórcio foi extremamente raro, em virtude da rigidez dos costumes[12]. Com o enfraquecimento dos costumes, no

---

[7] SOUSA, Mônica Teresa Costa; WAQUIM, Bruna Barbieri. *Do direito de família ao direito das famílias: a repersonalização das relações familiares no Brasil*. Revista de Informação Legislativa, Ano 52 Número 205 jan./mar. 2015, p. 73

[8] Neste sentido, consta do Livro Primeiro do Digesto de Justiniano: "*D. 1.7.1pr. MODESTINUS, libro secundo regularum; Filios familias non solum natura, verum et adoptiones faciunt*". (Não só a natureza, mas também as adoções fazem os filhos de família). Op. cit., p. 79.

[9] NOGUEIRA, Jenny Magnani de Oliveira. Op. Cit., p. 122.

[10] Idem, p. 122.

[11] Além do *diuortium* (resolução do casamento pela vontade unilateral dos cônjuges) havia também a figura do *repudium* (divórcio unilateral).

[12] Segundo lições de José Carlos Moreira Alves, há quem diga que o primeiro divórcio ocorrido em Roma tenha sido o de Spúrio Carvílio Ruga, aproximadamente quinhentos anos depois da fundação da cidade. A causa deste divórcio teria sido a esterilidade da mulher. ALVES, José Carlos Moreira. Op. Cit. p. 669.

final da era republicana, os divórcios se tornaram mais freqüentes; não houve, porém, qualquer política pública para combatê-lo ou proibi-lo.

Até o governo de Justiniano, o divórcio pelo consentimento de ambos os cônjuges era livre. No final do Império Romano, porém, que alguns imperadores cristãos, influenciados pelo dogma religioso da indissolubilidade do matrimônio combateram o divórcio, sem chegar a proibi-lo. Assim, ensina José Carlos Moreira Alves[13]:

> Constantino – C. Th. 3, 16, 1 – admitiu em 331 d. C., que o marido ou a mulher pudessem repudiar o outro cônjuge quando ocorressem certas causas (por exemplo, se a mulher fosse declarada culpada por adultério ou por envenenamento; ou, com relação ao marido, se réu de homicídio, envenenamento ou violação de sepulcro). Se se verificasse o repúdio sem a existência de uma das causas admitidas, o cônjuge que repudiara o outro sofria sanções: se o marido, era obrigado a restituir o dote e a não contrair segundas núpcias; se a mulher, perdia ela, em favor do esposo, o dote e as doações nupciais, além de sofrer a pena de deportação.

Diante do exposto, verifica-se que, ainda que as relações familiares fossem calcadas no poder do chefe da família e na religião doméstica familiar, no final do Império Romano, com a popularização do instituto do divórcio, pode-se afirmar que havia uma certa liberdade interrelacional, já que era possível aos cônjuges colocarem fim ao seu casamento. Tal situação se enfraquecerá com o advento do cristianismo, conforme se verá adiante.

2. O CRISTIANISMO E SUA INFLUÊNCIA SOBRE O CONCEITO DE FAMÍLIA AO LONGO DA HISTÓRIA

Se, por um lado, durante o Império Romano as relações eram marcadas pela influência da religião doméstica além de serem fortemente influenciadas pelo poder do *pater famílias*, no contexto da Idade Média, por outro lado, a influência religiosa se potencializou. Entretanto, a religião de maior prestigio deixou de ser a pagã e passou a ser o cristianismo.

[13] Idem, p. 670.

Como visto alhures, a religião praticada na Roma Antiga valoriza a figura dos ancestrais e do fogo sagrado. Já o cristianismo, apesar de ter sido grandemente influenciado pelo judaísmo – já que ambas são religiões monoteístas –, preza pelos ensinamentos de Jesus Cristo, o Messias, o Filho de Deus responsável pela salvação da humanidade.

Nesse sentido, interessantes são as visões de Agostinho com relação ao conceito de Bem e Mal. Se Deus é tido como o Criador, um ser de *transcendência absoluta*, que existe independente de todo o resto, Deus seria o Bem Absoluto; por outro lado, decorrência lógica desta afirmação, o Mal seria a privação do Bem, ou seja, a ausência de Deus[14]. Desta forma, ao ser humano, dotado de livre-arbítrio, é dada a escolha entre Bem e Mal[15]:

> Deus concedeu às criaturas mais superiores, quer dizer, aos espíritos racionais, a graça de não poderem ser corrompidos contra a sua vontade, ou seja, na condição de conservarem a obediência ao Senhor seu Deus e assim se manterem unidos à sua incorruptível beleza. Se, porém, não quiserem manter a obediência, já que, por sua vontade, se corromperam pelo pecado, então, contra a sua vontade, serão corrompidos pelo castigo. De facto, Deus é um Bem tão grande que para quem dele se separa não resta mais nenhum bem. E entre as coisas feitas por Deus, a natureza racional é um bem tão grande, que ela não pode ser feliz por nenhum outro bem que não seja Deus.

Conclui-se que, para a época, o conceito de vida boa é sinônimo de vida sob os desígnios de Deus; o ser humano deve buscar viver de acordo com a vontade divina.

É dessa época também a ideia de superioridade da alma com relação ao corpo: sendo a alma dádiva divina imortal, o corpo deve ser reprimido e os apetites carnais moderados para a elevação da alma. Extingue-se todo culto ao corpo próprio da Antiguidade Greco-Romana; desaparecem os teatros, ginásios, banhos públicos; a homossexualidade passa a ser perseguida; o pecado original é tratado como sinônimo de pecado sexual, já que o sexo, em si, somente será permitido para fins de procriação[16].

Para se entender a sociedade medieval é preciso analisar a organização familiar, uma vez que as principais relações sociais da época – sejam as relações entre o vassalo

---

[14] STANCIOLI, Brunelo. *Renúncia ao exercício de direitos da personalidade. Ou como alguém se torna o que quiser.* Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 45.
[15] AGOSTINHO. S. A Natureza do Bem [*De Natura Boni Contra Manicheus*]. Mediaevalia: textos e estudos. Introdução, tradução e notas de Mario A. Santiago de Carvalho. Texto Latino do CESL. Fundação Eng. Antônio de Almeida, Porto, 1992. Disponível em http://ojs.letras.up.pt/index.php/mediaevalia/article/view/832/793. Acesso em 21/01/2019.
[16] STANCIOLI, Brunelo. Op. Cit., p. 47-48.

e seu senhor ou as relações entre o mestre e seu aprendiz têm suas raízes nas relações familiares. Os senhores feudais são também patriarcas que agrupam a sua volta todos os que fazem parte do domínio patrimonial; "as suas lutas são querelas de família, nas quais toma parte toda essa corte, a qual tem o cargo de defender e de administrar. A história da feudalidade não é outra senão a das principais linhagens"[17]

A Igreja Católica exerceu grande influência na sociedade medieval; destarte, o direito canônico, sendo o conjunto de regras da comunidade religiosa dos cristãos, era utilizado não apenas nos domínios dos tribunais eclesiásticos, mas também para dirimir conflitos temporais. Nesse sentido, o historiador John Gilissen[18] explica que algumas matérias de direito privado, como o casamento e o divórcio, eram decididas exclusivamente pela jurisdição eclesiástica, com exclusão dos tribunais laicos, o que explica o fato de estar o direito canônico na base do direito civil moderno.

O casamento, para a Igreja Católica, passou a ser considerado sacramento, ou seja, um laço sagrado que não pode ser desfeito, pois "o que Deus uniu o homem não separa"[19]. Esta visão sacramental do casamento se consolidou durante os séculos IX e XII e desde então (até hoje, inclusive) permanecem inalterados alguns de seus principais elementos, tais como o consentimento dos nubentes, a monogamia e a indissolubilidade da união. Posteriormente foram acrescidos o caráter público da cerimônia, a presença de um sacerdote e a competência exclusiva dos Tribunais Eclesiásticos para solução dos conflitos sobre a matéria[20]. Interessante, nesse diapasão, é a doutrina católica relativa ao sacramento do casamento exarada no Concílio de Trento (1563)[21]:

> O primeiro homem, pai do género humano, considerou instintivamente o casamento como perpétuo e indissolúvel quando disse (da primeira mulher) "Eis aqui o osso dos meus ossos, a carne da minha carne" (Génese, II, 23). Pelo casamento o homem deixará seu pai e sua mãe e juntar-se-á a sua mulher; e serão os dois uma só carne (Mateus, XIX, 5).

---

[17] PERNOUD, Régine. *Luz sobre a Idade Média*. Tradução de António Manuel de Almeida Gonçalves. Mem Martins: Publicações Europa – América, 1997, p. 14.
[18] GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. Tradução de António Manuel Hespanha e Manuel Luís Macaísta Malheiros. 8. Ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2016, p. 134.
[19] Mateus, 19:6.
[20] FERREIRA, Maria de Fátima da Cunha Moura. *O casamento civil e o divórcio, 1865-1910. Debates e representações*. Universidade do Minho, 1993. Disponível em https://repositorium.sdum.uminho.pt/bitstream/1822/23535/1/tese%20mestrado.pdf Acesso em 30/01/2019.
[21] Documento colacionado na obra "Introdução histórica ao direito" de John Gilissen. Tradução livre de António Manuel Hespanha e Manuel Luís Macaísta Malheiros.

> Cânone II: Que seja condenado e anátema o que diz que é permitido ao cristão ter ao mesmo tempo várias esposas e que isto não lhe é proibido pela lei divina.
> Cânone XII: Que seja condenado e anátema o que diz que as causas matrimoniais não pertencem aos tribunais eclesiásticos.

O instituto preservava, como se via, destacada importância para a Igreja e, considerando que ela exercia amplo domínio nos diversos setores da sociedade, inclusive no Direito, seus parâmetros moldavam, de forma contundente, a própria regulação a respeito da liberdade afetiva e o próprio conceito de um núcleo familiar.

Seja pelo temor a Deus, pela repressão ou pela imutabilidade dos seus dogmas, a Igreja, na opinião dos defensores do casamento canônico, garante a imobilidade e o controle social, favoráveis ao Estado. Na ausência deste quadro disciplinador e valorativo, ela prevê, --- ainda, os efeitos sociais mais catastróficos: degeneração da raça no plano físico e moral, degradação da família.

Verificou-se, portanto, que os processos de divórcio ou até mesmo anulação de casamento foram dificultados nesse período. A liberdade para que se estabelecessem relacionamentos restou engessada; não se podia casar ou separar livremente a interferência da Igreja – que representava, muitas das vezes, o poder temporal além do religioso. A figura familiar tida como modelo ideal é Família de Nazaré[22], sendo que qualquer outra espécie de agrupamento familiar é visto com maus olhos.

Esse modelo histórico, embora não seja o único, acabou afetando o sistema jurídico brasileiro de forma bastante evidente como se verá adiante, notadamente porque o Brasil é um país predominantemente cristão.

3. OS INSTITUTOS DA FAMÍLIA E DO DIVÓRCIO NO CÓDIGO CIVIL NAPOLEÔNICO

A Revolução Francesa, inspirada pelos ideais iluministas e racionalistas influenciou a produção legislativa no período marcado entre o fim do Século XVIII e o início do Século XIX. Afirma-se, inclusive, que poucos episódios históricos repercutiram no ordenamento jurídico de maneira tão contundente quanto este, já que

[22] Dentro da tradição cristã católica, a Família de Nazaré é composta pelas figuras de Jesus, Maria e José. Trata-se de um ícone de devoção religiosa cuja festa se celebra no primeiro domingo após o Natal.

a burguesia vitoriosa procurou acabar com os fundamentos político-jurídicos do Antigo Regime (*v. g.*: a monarquia absolutista, as influências políticas da aristocracia e do clero, o sistema judiciário, dentre outros)[23] a fim de inaugurar uma nova ordem jurídica.

Buscava-se uma transformação social radical que seria marcada pela profunda mudança legislativa, já que, até aquele momento, a própria França se dividia na aplicação do direito escrito (ao sul) e do direito costumeiro (ao norte)[24]. Os ideais revolucionários burgueses, inspirados na filosofia iluminista, propuseram, então, a unificação da legislação civil, o que se daria com a edição de leis claras e simples, cuja interpretação fosse desnecessária.

No que concerne ao direito privado, as ideias liberais influenciaram, outrossim, na ingerência do Estado nas liberdades individuais, inclusive no âmbito família:

> Tudo isso foi substituído por novas concepções sobre as relações entre o *citoyen* e o Estado, baseadas nos ideais iluministas concebidos por Diderot, Voltaire e Rousseau: o homem, entendido como ser racional e responsável, adquire, com o nascimento, o direito inalienável à liberdade de pensamento, de religião e de atividade econômica. Entre ele e o Estado não mais se interpõem os vários grupos sociais (família, corporações de artes e ofícios, estamentos sociais e outras formas de agrupamento com base em status diferenciados).[25]

Não se nega que, à época, o poder da religião sobre os institutos da família e do matrimônio ainda era grande; porém, tal influência foi diminuída com as crescentes ideias liberais próprias deste período histórico. É deste período que advém a visão do matrimônio como mero contrato, que poderia ser desfeito mediante simples afirmação de incompatibilidade de gênios. É da mesma época, também, a equiparação entre os filhos havidos dentro do casamento e os filhos bastardos (desde que reconhecidos)[26].

Sabendo da necessidade de unificação legislativa, fator que facilitaria o controle político da nação, ao ascender ao poder, Napoleão Bonaparte não mediu esforços para que um Código Civil fosse aprovado – como efetivamente o foi, entrando em vigor em data de 21 de março de 1804.

---

[23] FACCHINI NETO, Eugênio. *Code civil francês: gênese e difusão de um modelo*. Revista de Informação Legislativa, Ano 50, número 198 abr./jun. 2013, p. 60. Disponível em: http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496956/000983388.pdf. Acesso em 20.02.2019.
[24] Idem, p. 63
[25] Idem, p. 65.
[26] Ibidem, p. 65.

Um dos principais redatores do Código Napoleônico, Jean-Étienne-Marie Portalis, proeminente jurista da época, autor do *Discours préliminaire au premier projet de Code Civil* ilustra bem a influência das ideias liberais em detrimento da influência religiosa naquela codificação, sobretudo na esfera do matrimônio e do divórcio[27]:

> Aujourd'hui la liberté des cultes est une loi fondamentale; et la plupart des doctrines religieuses autorisent le divorce: la faculté du divorce se trouve donc liée parmi nous à la liberté de conscience. (...)D'ailleurs, indépendamment de la considération déduite de la diversité des cultes, la loi civile peut fort bien, dans la crainte de plus grands maux, ne pas user de coaction et de contrainte, pour obliger deux époux malheureux à demeurer réunis, ou à vivre dans un célibat forcé, aussi funeste aux mœurs qu'à la société. (Tradução livre: Hoje a liberdade de cultos é uma lei fundamental, e a maior parte das doutrinas religiosas autorizam o divórcio: a faculdade de se divorciar se encontra ligada à própria liberdade de consciência. [...] Ademais, independentemente da consideração advinda da liberdade de cultos, a lei civil, temendo males maiores, não pode usar de coação ou coerção para obrigar dois esposos infelizes a ficarem reunidos ou viverem num celibato forçado, tão infeliz para os costumes quanto para a sociedade).

Portalis afirmava que não havia melhor remédio para maus casamentos do que a facilidade do divórcio, de modo que a lei deveria socorrer os cônjuges infelizes. Resta claro, portanto, que houve um abrandamento das regras que tinham o matrimônio como indissolúvel em razão de sua sacralidade, dando lugar a uma maior liberdade individual.

O direito de família, que até então sofria forte influência do direito canônico, foi "laicizado e secularizado"[28], posto que era possível registrar o casamento civil após sua celebração religiosa, mas jamais se poderia celebrar casamento religioso que não fosse precedido do casamento civil.

A base da família, entretanto, continuou sendo o patriarcado. O Código Napoleônico tem como característica a submissão da mulher e dois filhos à autoridade paterna[29], perpetuando-se os costumes que remontam à Antiguidade, como já visto.

Inegáveis, portanto, são as transformações trazidas no âmbito do direito de família pelo Código Napoleônico, já que este diploma influenciou fortemente outras

---

[27] PORTALIS, Jean-Étienne-Marie. *Discours préliminaire au premier projet de Code Civil (1801).* Bordeaux: Éditions Confluences, 2004, p. 38-39. Disponível em: http://mafr.fr/IMG/pdf/discours_1er_code_civil.pdf. Acesso em 26.02.2019.

[28] FACCHINI NETO, Eugênio. Op. Cit., p. 72.

[29] Portalis afirmava que "Le mari est le chef de ce gouvernement. La femme ne peut avoir d'autre domicile que celui du mari", ou seja, "o marido é o chefe deste governo – referindo-se ao governo da família – a mulher não pode ter outro domicílio que não seja o o marido" (tradução livre). PORTALIS, Jean-Étienne-Marie. Op. Cit., p. 51.

legislações de sua época. Ainda que o instituto da família permanecesse influenciado pela religião e pelos costumes, pode-se afirmar que as ideias liberais alimentadas neste período histórico contribuíram de maneira decisiva para a noção atual do tema, especialmente no que diz respeito à possibilidade de se dissolverem os laços matrimoniais por meio do divórcio.

Em assim sendo, é salutar advertir que uma adequada imersão histórica a respeito da família exigiria pesquisa mais aprofundada, inclusive em outros campos diversos dos que foram apresentados. Os propósitos desta breve pesquisa (que se volta, ao final, aos apontamentos históricos com influência no Brasil, mais especificamente no tema do divórcio), no entanto, encontram seu principal campo de análise nos detalhamentos que já foram até aqui apontados.

4. BREVE ABORDAGEM HISTÓRICA DO INSTITUTO DO DIVÓRCIO NO BRASIL. UM FRAGMENTO SOBRE A FAMÍLIA NO PLANO JURÍDICO NACIONAL

Como já adiantado anteriormente, os limites objetivos do presente trabalho não permitem uma imersão exauriente no fluxo histórico a respeito da família no Brasil. E mesmo se fosse eleito um ponto específico, como o divórcio, ainda assim não seria possível traçar, neste trabalho, a cronologia completa.

Assim, embora sejam apresentados pontos relevantes a respeito desse caminho histórico, não há como deixar de reconhecer que as informações doravante apresentadas acabam por ilustrar o tema de forma bastante objetiva[30].

Não por outra razão, não serão aqui tratados os dados relativos a períodos pretéritos à lei do divórcio no Brasil, já que a compreensão histórica do fenômeno, referente ao instituto, absorve, em grande medida, os dados já apontados nos capítulos anteriores, notadamente no que se refere à influência dos elementos metajurídicos na liberdade afetiva das pessoas[31]. De forma mais destacada, é salutar rememorar que a

[30] Se não bastasse, os contornos metajurídicos do instituto já foram abordados, mesmo que brevemente, nos capítulos anteriores, de modo que no presente capítulo se dará enfoque exclusivo à cronologia histórica nacional do divórcio, tomando-se por base os marcos do *direito positivo* pátrio.

[31] Isso não significa, evidentemente, que tal incursão histórica não tenha pertinência (apenas não se amolda à limitação objetiva desta pesquisa).

Igreja, de modo geral, acabou por moldar a ideia de família por longo período no país. Inclusive, tomando-se por base o enfoque no direito positivo, é possível dizer que somente em 1977 é que o divórcio passou a ser expressamente permitido.

O Estado brasileiro marginalizou outras formas de família por longo período, já que após a proclamação da República o casamento (civil e religioso) se traduzia na única forma permitida para a formação de uma família. Sabe-se que atualmente, no entanto, a partir de uma releitura dos institutos privados após a Constituição de 1988, a ideia de família comportou um alargamento assentado na ideia de afetividade, emancipando-se dos limites exclusivos do casamento (v.g união estável, dentre outros). Eis o recorte histórico do período:

> O casamento religioso e, após a proclamação da República e a edição do Decreto n. 180, o casamento civil eram as únicas formas válidas de instituição de uma família, sendo qualquer outro modelo familiar marginalizado pelo Estado, pela Igreja e pela sociedade. Da adoção do modelo familiar único pelo casamento, garantidor da função maior de transmissão de patrimônio e reprodução, decorria também a distinção da natureza de filhos legítimos e ilegítimos, de acordo com as circunstâncias do seu nascimento.[32]

Tamanha era a influência da religião e da moral no tema, que o engessamento da ideia de família ao casamento implicou, historicamente, em uma notória dificuldade de criação de qualquer norma que permitisse, ainda que em nome da liberdade afetiva, o rompimento voluntário da sociedade conjugal. O direito positivo pátrio apenas, sob essa ordem de valores, passou a admitir o rompimento do vínculo matrimonial em vida, por vontade das partes, somente no ano de 1977. Mais precisamente:

> Apenas em 28.06.1977, por ocasião da EC 9, permitiu-se o rompimento do vínculo matrimonial. Tal permissivo, marco representativo da significativa mudança sofrida pela política legislativa praticada até então, foi resultado de décadas de lutas e campanhas em prol de divórcio, as quais encontraram forte resistência especialmente da Igreja[33].

Feita essa breve advertência, cumpre dizer que o divórcio, no plano nacional, em linhas gerais, passou a ser, desde tal marco, o principal exemplo de dissolução do vínculo conjugal. Essa formatação jurídica, aliás, foi preservada até o Código Civil de

---

[32] SOUSA, Mônica Teresa Costa; WAQUIM, Bruna Barbieri. *Do direito de família ao direito das famílias: a repersonalização das relações familiares no Brasil*. Revista de Informação Legislativa, Ano 52 Número 205 jan./mar. 2015, p. 73.

[33] FERRARA, Renata Silva; CHAMMAS, Fernanda Vaiano S. *Divórcio em evolução: 30 anos da Lei 6.515/77.* Doutrinas Essenciais Família e Sucessões. Vol. 3. p. 949 – 958. Ago/2011.

2002 (vindo a ser impactada, de forma intensa, somente em 2010, com a edição da Emenda Constitucional n. 66). O marco temporal passou a indicar que o divórcio assumiu, desde então, o papel de ser a forma mais tradicional de extinção do matrimônio, tanto que passou a ser definida pela doutrina nos seguintes termos: "o divórcio é a dissolução de um casamento válido, ou seja, a extinção do vínculo matrimonial"[34-35].

Já o artigo 1.571, do Código Civil de 2002, mantendo a premissa anteriormente criada no marco histórico apontado, estabeleceu que "a sociedade conjugal termina: (…) IV – pelo divórcio"[36].

Por tal característica, por determinar a ruptura de uma situação jurídica relevante, o divórcio, quando positivado após 1977, criou uma modificação histórica na ideia de família no Brasil, impactando o domínio religioso que era exercido sobre esse ponto do Direito. Essa positivação histórica passou a gerar influência em múltiplos campos, a incluir o Direito Constitucional (que trata, em plano fundamental, da entidade familiar e da autonomia da vontade – relacionada ao direito de escolha de cada um), o Direito Civil (no ponto em que trata do patrimônio), dentre outros.

De tal modo, sendo instituto de relevante importância jurídica, o divórcio tradicionalmente, na perspectiva histórica recente, foi entregue no plano jurídico nacional ao crivo do Poder Judiciário por opção normativa, demandando, em sua tramitação, etapas e pressupostos que, naturalmente, tornavam o processo razoavelmente moroso. Agregam-se a esses fundamentos, ainda, inegáveis razões morais que, embora impactadas pela previsão do divórcio no direito positivo, ainda influenciavam, em parte, o Direito na época (o que, em realidade, se traduz em um exemplo de que embora separadas, a moral e o Direito dialogam permanentemente, como brevemente visto nos capítulos anteriores, a respeito do fluxo histórico da liberdade afetiva)[37].

---

[34] DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*, vol. 5, 23.ª Edição, São Paulo: Saraiva, 2006.
[35] Ainda, no mesmo sentido: "O divórcio dissolve o vínculo conjugal (CC 1.571, §1º). Com o advento da EC 66/10, este é o único modo de dissolver o casamento, quer de forma consensual, quer por meio de ação litigiosa. E, se os cônjuges não tiverem pontos de discordância nem filhos menores, podem obter o divórcio sem a intervenção judicial, perante um tabelião DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 317.
[36] BRASIL. Lei n. 10.406 de 10 de Janeiro de 2002. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 05 de dezembro de 2017.
[37] Serve de exemplo o fato de que, em exercício de um *paternalismo jurídico*, em detrimento da autonomia, não se tinha por suficiente a simples vontade de um dos cônjuges para realização do divórcio, exigindo-se, em sentido contrário, um longo processo judicial.

Tal *paternalismo jurídico*, mesmo já relativizado, ainda atuava – de maneira questionável se cotejado com o ideal *liberal* da autonomia da vontade (albergado constitucionalmente) –, mesmo quando os dois cônjuges capazes, de comum acordo, manifestavam a intenção de colocar fim ao vínculo conjugal, eis que se exigia, por imposição normativa, um obrigatório estágio de *separação* prévia pelo período mínio de dois anos. A liberdade afetiva, ainda assim, era bastante limitada.

Em linhas gerais, ainda que os cônjuges[38] exercessem a opção individual de rompimento do vínculo conjugal, a autonomia da vontade não se traduzia em elemento suficiente para determinar, de plano, a concretização da intenção. Em realidade, deveriam aguardar pelo transcurso do prazo de dois anos da separação judicialmente decretada, ou deveriam arcar com o ônus probatório, no curso do processo de divórcio, de demonstrar que já se operou a separação *de fato* pelo mesmo prazo, o que bem ilustra ainda a influência, à época existente, do domínio metajurídico sobre o tema.

As razões para que o divórcio estivesse inserido em uma obrigatória tutela judicial, e ainda se submetesse a um forte paternalismo jurídico da própria autonomia da vontade, já foram resumidamente adiantas anteriormente, e podem ser extraídas da leitura dos capítulos pretéritos, onde se viu como a família era tratada, historicamente, em momentos distintos.

Ainda assim, pode-se dizer, em acréscimo, que se acreditava no Brasil, mesmo após 1977, que o divórcio, ao lidar com elementos próprios dos direitos da personalidade (v.g o nome dos cônjuges, o vínculo familiar, dentre outros exemplos), apresentava-se como instituto de ampla sensibilidade jurídica, merecedor apenas das amplas formalidades da tutela *jurisdicional*, de modo que não poderia ser gerido, de maneira segura, pelo plano extrajudicial.

Ocorre, porém, que a experiência e o tempo demonstraram que tal premissa, por mais que tenha sido amparada em um discurso bem-intencionado, acabou por não encontrar correspondência com a realidade. É neste instante que começa a frutificar o novo marco histórico no Brasil, com a crescente demanda pela desjudicialização do instituto em período razoavelmente recente.

A demora da tramitação processual, a violação aos elementos de autonomia da vontade e, sobretudo, as marcas que o processo judicial deixa em todos os envolvidos, indicaram que era hora de se pensar, em nome da efetividade, sobre a

[38] No parâmetro em análise, para demonstração do argumento, maiores e capazes.

desburocratização do *divórcio consensual*, limitado, evidentemente, às hipóteses com partes capazes e sem filhos menores.

O Poder Judiciário tem a missão constitucional de zelar pela boa aplicação do Direito. Mas não deve ser o administrador de todas as tensões. Não se ignora, por exemplo, o grande problema de contingenciamento do Judiciário, sobretudo no contemporâneo cenário de hiperlitigiosidade, inserido em crises institucionais em que tal poder, de maneira crescente, é cada vez mais demandado a intervir. Por isso, a retirada de determinadas questões do âmbito jurisdicional é medida saudável, como forma de administração judiciária, para que o Poder Judiciário consiga entregar melhores resultados em temas de maior sensibilidade, garantindo que suas forças sejam voltadas (e se tornem melhor utilizadas) na efetiva tutela de tensões mais complexas.

Enfim, um dos passos mais importantes em tal missão se deu com a edição da Lei n. 11.441/07, que tornou possível, no âmbito nacional, a realização do divórcio no plano extrajudicial, quando presente a consensualidade, a assistência por Advogado e inexistirem menores ou incapazes envolvidos. O ato, em tal caso, se dá mediante escritura pública que detalhará a partilha dos bens, a pensão alimentícia (ou sua dispensa), e todas as demais questões decorrentes do divórcio, tal qual a modificação do sobrenome. Eis, neste instante, um novo marco cronológico que afetou diretamente o tema no plano jurídico-positivo.

Dando maior concretude à previsão da lei, com o propósito de regulamentar sua aplicação, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) editou, no mesmo ano, a Resolução n. 35/2007. Referida resolução detalha o procedimento a ser observado pelo Tabelião de Notas quando da lavratura da Escritura Pública. Em um dos "considerandos" introdutórios do ato, consignou-se, em referência à Lei n. 11.441/07, que: "*a finalidade da referida lei foi tornar mais ágeis e menos onerosos os atos a que se refere e, ao mesmo tempo, descongestionar o Poder Judiciário*".

Com o advento do Novo Código de Processo Civil, já em 2015, a salutar medida foi mantida, reforçando-se o caráter de desburocratização e de simplificação que marcaram as recentes alterações do processo civil. No ponto, vale destacar o artigo 733, do NCPC:

> Art. 733. O divórcio consensual, a separação consensual e a extinção consensual de união estável, não havendo nascituro ou filhos incapazes e observados os requisitos legais, poderão ser realizados por escritura pública, da qual constarão as disposições de que trata o art. 731. § 1º A escritura não depende de homologação judicial e constitui título hábil para qualquer ato de registro, bem como para levantamento de importância

> depositada em instituições financeiras. § 2º O tabelião somente lavrará a escritura se os interessados estiverem assistidos por advogado ou por defensor público, cuja qualificação e assinatura constarão do ato notarial[39].

Nessa linha, são também adequados os propósitos da Emenda Constitucional n. 66/2010, que alterou o § 6º do art. 226 da Constituição Federal. Referido ato normativo simplificou o divórcio, o tornando, em vida, a única forma de extinção voluntária da sociedade conjugal, mas com a vantagem de não mais se exigir, como seu pressuposto, o prévio período de separação obrigatória.

Aliás, para corrente majoritária na Doutrina, a partir de tal marco normativo, o processo judicial de *separação* deixou de existir, conquanto corrente minoritária ainda encontre utilidade em tal processo (embora tal corrente concorde não mais ser uma etapa obrigatória do divórcio).

O contexto da edição da Emenda Constitucional n. 66/2010 representou o acolhimento, ao menos em parte, de antigos reclamos doutrinários que pleiteavam, em nome da efetividade e da autonomia, a desburocratização do divórcio.

Para melhor ilustrar a importância de tal Emenda, suas consequências, e no que se baseavam os mencionados reclamos doutrinários, eis as lições de Maria Berenice Dias:

> Com a entrada em vigor da Emenda Constitucional 66/2010, finalmente foi sepultado o instituto da separação, que só existiu para, em um primeiro momento, assegurar a aprovação da dissolubilidade do casamento, em um país marcadamente conservador e sujeito a forte influência religiosa. Por isso a imposição de duplicidade de formas, amarras e muitas restrições. (...) O divórcio dito direto só era admitido quando o casal já estava separado há mais de cinco anos quando da emenda constitucional que admitiu a dissolubilidade do casamento (28 de junho de 1977). Fora disso, a única forma de dissolver o vínculo conjugal era por meio da conversão da separação em divórcio. Lentamente a legislação foi enxugando procedimentos, reduzindo prazos e desprezando causas. Mas a mudança se tornou indispensável quando, por construção jurisprudencial, passou-se a antecipar os efeitos da separação. (...). Em boa hora foi definitivamente *sepultada a esdrúxula dicotomia, de nenhuma compreensão perante os jurisdicionados, da existência de dissolução da sociedade conjugal, através da separação, e dissolução do vínculo matrimonial, através do divórcio.* Para a implantação imediata da nova sistemática, não foi necessário sequer aguardar alterações na esfera infraconstitucional, pois o divórcio – bem ou mal – já estava previsto na legislação civil e processual. (...) O que não cabia era esperar de braços cruzados a mudança da legislação ordinária para dar vida à tão sonhada simplificação da vida que a concessão imediata do divórcio acarretou[40].

---

[39] BRASIL. Lei n. 13.105/2015, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em : <http:// http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 05 de dezembro de 2018.

[40] DIAS, Maria Berenice. *Divórcio Já*!. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

A partir dessa modificação a manifestação unilateral de um dos cônjuges passa a ser suficiente para o rompimento da sociedade conjugal. De tal modo, substancial parte da doutrina passou a entender que a EC66/2010 transformou o divórcio em um *direito potestativo*, colocando o outro cônjuge em um estado de sujeição, de modo a pouco importar, na acepção técnica, a discordância da outra parte. Eis elucidativo julgado, do Tribunal de Justiça do Paraná: "Por se tratar de direito potestativo que não comporta reação da parte adversa, o divórcio se submete à vontade de apenas uma delas, não havendo defesa ou prova que possa obstar esse direito[41]."

É natural, no entanto, que a discordância entre os cônjuges crie obstáculos para a utilização da via extrajudicial, conforme requisitos normativos anteriormente explorados. Mas ainda assim, mesmo que em contexto de eventual ausência de consenso sobre determinados pontos, é possível que o divórcio extrajudicial se apresente possível em dada circunstância.

Para tanto, basta observar que em muitos casos os cônjuges possuem plena concordância quanto ao rompimento da sociedade conjugal, representando a vontade imediata de ambos, embora tenham divergências quanto à partilha de bens. Em tais hipóteses, nada impede que os cônjuges realizem a escritura pública de divórcio junto ao Tabelionato de Notas, obtendo as consequências naturais do rompimento da sociedade conjugal (permitindo-se, por exemplo, novo casamento), reservando-se, no entanto, a discussão sobre a partilha dos bens, como ponto de litígio, para outro momento e por via oportuna.

Veja-se, *mutatis mutandis*, que tal raciocínio é adotado de forma recorrente pelos tribunais – embora de maneira não pacífica - ao entenderem que o divórcio pode ser decretado antes mesmo da partilha, em sede de antecipação dos efeitos da tutela, o que evidencia a diferença entre os institutos. Sobre o tema, eis interessante ementa:

> AGRAVO DE INSTRUMENTO - DIVÓRCIO LITIGIOSO - DECRETAÇÃO DE DIVÓRCIO EM SEDE DE TUTELA ANTECIPADA - EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 66/2010 - INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 226, § 6º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL - DIREITO POTESTATIVO DO CÔNJUGE - POSSIBILIDADE - PROSSEGUIMENTO DA AÇÃO EM RELAÇÃO À PARTILHA DE BENS - EXEGESE DO ARTIGO 1.581 DO CÓDIGO CIVIL E DA SÚMULA Nº 197 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - AUSÊNCIA DE PREJUÍZO AO CONTRADITÓRIO E À AMPLA DEFESA -

[41] BRASIL, TJPR - 11ª C.Cível - AI - 1619350-7 - Arapongas - Rel.: Mario Nini Azzolini -Unânime - J. 26.07.2017. Disponível em: www.tjpr.jus.br. Acesso em 27/03/2019.

DECISÃO MANTIDA - RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO[42].

Como se vê, o divórcio, no Brasil, é tema que passa por debates que não encontraram atualmente a plena pacificação. Suas manifestações históricas recentes, brevemente apontadas neste capítulo, demonstram que conquanto tenham sido obtidos importantes avanços recentes, ainda há muito o que ser debatido quanto à real efetivação da liberdade afetiva das pessoas. O julgado acima transcrito, por exemplo, indica que a própria forma com que os Tribunais tratam do assunto é ainda instável, já que o entendimento ali apresentado, embora seja o adequado para os fins de preservação da autonomia da vontade, não é pacífico.

Resumidamente, a história da liberdade afetiva no Brasil, que perpassa pela própria noção do tratamento jurídico dado às relações familiares, se apresenta como fenômeno em constante mutação, cujos traços de cada momento só o tempo revelará.

CONCLUSÃO

Durante muito tempo aspectos morais e religiosos exerceram grande influência sobre as relações privadas, especialmente no âmbito jurídico, no que diz respeito à (im)possibilidade de rompimento do vínculo conjugal. O instituto do casamento, que sempre foi tratado com seriedade pelo Direito Romano, transformou-se em sacramento devido à grande influência do Direito Canônico, o que perdurou por séculos, e, posteriormente, com a laicização e declínio do poderio da Igreja Católica, tal influência passou a ser exercida pelo Estado.

Posteriormente, inspirado por ideais liberais trazidos pela Revolução Francesa, o Código Civil Napoleônico diminuiu – ainda que timidamente – a influência religiosa, promovendo a laicização do casamento e a possibilidade de se extinguir o vínculo matrimonial por meio do divórcio. Ainda que a figura da família tenha seguido sob o comando do patriarca, inegáveis são as mudanças liberais que ocorreram à época.

[42]BRASIL, TJPR, 12ª C.C., AI 1478219-1, Rel.ª Des.ª Joeci Machado Décima Primeira Câmara Cível Agravo de Instrumento nº 1.619.350-7 Camargo, unânime, j. 27.07.2016. Disponível em: www.tjpr.jus.br. Acesso em 27/03/2019.

Por ser colônia de Portugal, a legislação brasileira seguiu as ordenações portuguesas nesse aspecto até a edição do Código Civil de 1917, que tratou da questão de maneira conservadora, perpetuando a forte influência que a religião exercia sobre os institutos da família e do casamento.

Pode-se afirmar, portanto, que a liberdade afetiva sempre sofreu restrições por parte do poder estatal, configurando verdadeiro paternalismo jurídico. Até a publicação da Lei do Divórcio, em 1977, um dos primeiros marcos temporais a inaugurar a possibilidade de rompimento, em vida, do vínculo matrimonial.

Desde então o país tem adotado um fluxo evolutivo de respeito a tal autonomia, seja pela implementação do divórcio extrajudicial, seja pela crescente mitigação dos requisitos para a preservação da autonomia da vontade no campo afetivo.

De toda forma, sabe-se que a História ainda se forma, e do mesmo modo que outrora elementos metajurídicos da época influenciaram o tema (*v.g.* religião), é possível que outros elementos externos ao Direito, próprios dos hodiernos tempos, igualmente emprestem reflexos ao tema. O que se vê, no entanto, é que no plano jurídico nacional, dentro do direito positivo, vive-se uma tendência de afastamento do paternalismo jurídico em relação às relações familiares.

REFERÊNCIAS:

AGOSTINHO. S. A Natureza do Bem [*De Natura Boni Contra Manicheus*]. Mediaevalia: textos e estudos. Introdução, tradução e notas de Mario A. Santiago de Carvalho. Texto Latino do CESL. Fundação Eng. Antônio de Almeida, Porto, 1992. Disponível em http://ojs.letras.up.pt/index.php/mediaevalia/article/view/832/793. Acesso em 21/01/2019.

ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano* – 16. Ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 602.

BRASIL. Lei n. 10.406 de 10 de Janeiro de 2002. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 05 de dezembro de 2017.

BRASIL. Lei n. 13.105/2015, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em : <http:// http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 05 de dezembro de 2018.

COULANGES, Fustel de. A cidade antiga. Tradução de Frederico Ozanam Pessoa de Barros, p. 34. Disponível em http://bibliotecadigital.puc-campinas.edu.br/services/e-books/Fustel%20de%20Coulanges-1.pdf. Acesso em 18.02.2019.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 317.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*, vol. 5, 23.ª Edição, São Paulo: Saraiva, 2006.

FACCHINI NETO, Eugênio. *Code civil francês: gênese e difusão de um modelo*. Revista de Informação Legislativa, Ano 50, número 198 abr./jun. 2013, p. 60. Disponível em: http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496956/000983388.pdf. Acesso em 20.02.2019.

FERRARA, Renata Silva; CHAMMAS, Fernanda Vaiano S. *Divórcio em evolução: 30 anos da Lei 6.515/77.* Doutrinas Essenciais Família e Sucessões. Vol. 3. p. 949 – 958. Ago/2011.

FERREIRA, Maria de Fátima da Cunha Moura. *O casamento civil e o divórcio, 1865-1910. Debates e representações*. Universidade do Minho, 1993. Disponível em https://repositorium.sdum.uminho.pt/bitstream/1822/23535/1/tese%20mestrado.pdf Acesso em 30.01.2019.

GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. Tradução de António Manuel Hespanha e Manuel Luís Macaísta Malheiros. 8. Ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2016, p. 134.

JUSTINIANO I, Imperador do Oriente, 483 – 565. Digesto de Justiniano, *liber primus*: introdução ao direito romano; tradução de Hélcio Moreira Maciel França Madeira. – Prólogo Pierangelo Catalano. – 4. Ed. Rev. da tradução – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 74.

NOGUEIRA, Jenny Magnani de Oliveira. *A instituição da família em "A Cidade Antiga*." Capítulo 5 da Obra: Fundamentos de História do Direito. Antonio Carlos Wolkmer (organizador) – 9. Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2016, p. 120.

PERNOUD, Régine. *Luz sobre a Idade Média*. Tradução de António Manuel de Almeida Gonçalves. Mem Martins: Publicações Europa – América, 1997, p. 14.

PORTALIS, Jean-Étienne-Marie. *Discours préliminaire au premier projet de Code Civil (1801).* Bordeaux: Éditions Confluences, 2004, p. 38-39. Disponível em: http://mafr.fr/IMG/pdf/discours_1er_code_civil.pdf. Acesso em 26.02.2019.

SOUSA, Mônica Teresa Costa; WAQUIM, Bruna Barbieri. *Do direito de família ao direito das famílias: a repersonalização das relações familiares no Brasil*. Revista de Informação Legislativa, Ano 52 Número 205 jan./mar. 2015, p. 73.

STANCIOLI, Brunelo. *Renúncia ao exercício de direitos da personalidade. Ou como alguém se torna o que quiser.* Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 45.