

BENÇÃOS DE HÉSTIA: UMA ANÁLISE HISTÓRICA DO MATRIMÔNIO NA ATUALIDADE

Daniel Amaral ANDO¹

RESUMO: O artigo aborda a natureza jurídica do casamento dentro do atual contexto social, tendo em vista a diversidade das formas de estruturação familiar e a relevância da abordagem jurídica em relação às mesmas, propondo uma visão crítica das correntes até então defendidas.

Palavras chave: matrimônio, natureza jurídica, família, estruturação familiar, casamento

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo enfocou a natureza jurídica do casamento, tendo como objetivo analisar um breve histórico a respeito do instituto jurídico do matrimônio, as correntes acerca de sua natureza jurídica e sobre quais seriam as aplicações práticas decorrentes de tais teorias, de modo a ter realizado uma análise crítica sobre o objeto e colocar tal análise sob o prisma de uma sociedade democrática e contemporânea, acolhendo os diversos modelos familiares presentes no quadro social.

As questões tratadas neste artigo foram desde a história do matrimônio tendo em vistas as mais diversas épocas e sociedades, as atuais correntes interpretativas a respeito de sua natureza e aplicação prática tendo em vista a pluralidade de modelos familiares contemporâneos.

¹ Discente do 5º termo do curso de Direito Matutino do Centro Universitário “Antônio Eufrásio de Toledo”. Membro do grupo de pesquisas de Direito Internacional e do Grupo de Estudos: Filosofia, Teoria Geral do Direito e Hermenêutica

O objetivo foi apresentar uma crítica sistemática a tais correntes e buscar uma análise comparada a situação social, tendo em vista que a atual situação histórica permite observar uma leque amplo de modelos familiares constituídos das formações mais diversas, muitos dos quais adequam-se ou não ao tradicional padrão de família. Adequados ou não, não menos dignos de análise jurídica, tendo em vista a importância da sociedade familiar em sociedade.

Ora, observa-se que na atualidade, é forçoso reconhecer que as definições e perspectivas anciãs a respeito do matrimônio não podem ser sustentadas, ao menos não em sua integralidade, havendo necessidade de profunda reflexão e adaptação aos tempos atuais e os valores respectivos da sociedade atual, devendo o mundo jurídico acompanhar as mudanças sociais e a comunidade científica do direito analisar devidamente tais elementos.

A divisão, das matérias tratadas neste artigo, começou com uma breve recapitulação histórica do matrimônio, as atuais correntes de entendimento a cerca da natureza jurídica e o contexto social no qual essas correntes se aplicam, uma abordagem crítica em relação ao tratamento atual e por fim uma breve conclusão a respeito do que fora abordado.

A metodologia utilizada constitui-se basicamente de pesquisa bibliográfica, análise de dados históricos e fenômenos sociais em relação à família.

2 GENEALOGIA DO MATRIMÔNIO

Desde tempos imemoriais, o ser humano encontrava maneiras de se relacionar com o mundo a sua volta e com os seres vivos que nele habitam, incluindo os semelhantes de sua espécie. A capacidade de criar conceitos e associar ideias foi o que permitiu que a humanidade pudesse alcançar patamares impensáveis em épocas outrora primitivas, seja de cunho político, social, econômico e cultural.

As relações que os seres humanos criam para com outros em um contexto social acabam afetando a própria formação intelectual e moral destes. Trata-se de uma relação interdependente entre indivíduo e sociedade. Indivíduos que se relacionam e socializam dentro de um ambiente social.

Dentre essas relações sociais, uma tem acompanhado a sociedade desde que esta começou de simples origens: o matrimônio.

Matrimônio se trata de uma relação social entre duas ou mais pessoas na qual criam-se vínculos familiares e presumidamente amorosos, perante o reconhecimento de alguma instituição, seja ela o Estado, a religião ou a própria cultura onde tais indivíduos estão inseridos, podendo ocorrer por diversas razões.

Ou seja, trata-se de um vínculo social na qual duas ou mais pessoas, dependendo se trata de um casamento monogâmico, na qual existe apenas um parceiro, ou um casamento poligâmico, no qual existe dois ou mais parceiros, em que ocorre a celebração do rito frente a alguma forma de autoridade ou instituição competente para reconhecer esse vínculo e torna-lo público, ou seja, reconhecido perante a sociedade como existente, válido e eficaz, adotando a Escala Pontiniana como parâmetro para verificar que o matrimônio se trata de um ato jurídico dentro do atual contexto.

Assim sendo, é possível observar que a mesma relação social tomou rumos diferentes em diversas sociedades espalhadas ao redor do globo, criando regras, proibições e até mesmo justificativas para a existência de tal vínculo. Também é possível observar que dentro de uma sociedade a própria ideia de matrimônio também pode sofrer transformações e, ao longo do tempo, o entendimento em relação a esse vínculo social pode ser alterado.

Os seres humanos mudam e mudam os seus anseios, suas necessidades e seus ideais, em que pese a constância valorativa da imprescindibilidade da família enquanto ninho. A maneira de organiza-lo e de fazer prosperar, contudo, se altera significativamente em eras e culturas não muito distantes uma da outra. (DIAS e PEREIRA, p. 7)

Exemplo disso seria o fato de que outrora a Igreja Católica era a responsável por fazer valer casamentos no Brasil, diferentemente da situação atual. Presentemente, o Estado é o responsável por fazer valer o mesmo vínculo, podendo ou não as partes envolvidas optarem por celebrarem também o casamento dentro do contexto religioso. Ou seja, outrora o casamento era estritamente religioso e atualmente, prevalece o casamento civil, reconhecido pelo Estado. Esta é apenas uma das várias mudanças ao qual o casamento foi submetido dentro do ordenamento jurídico brasileiro.

Vale também ressaltar que nem sempre o casamento envolveu consenso. Era de senso comum em épocas remotas que casamentos podiam ser arranjados, tendo em vista os interesses econômicos e sociais de uma determinada família ou clã. A união entre famílias era uma relação vantajosa em um tempo onde a violência e a guerra eram fatos sociais corriqueiros.

Os clãs das Terras Altas da Escócia, as diversas tribos nômades no Oriente Médio e as famílias de mesmas castas na sociedade hindu frequentemente arranjavam casamentos para satisfazer os interesses coletivos do grupo, fossem eles econômicos, devido a pobreza extrema da época; políticos, de modo a criar uma hegemonia através da força proveniente da união entre grupos ou até mesmo simplesmente para que o membro da família fosse transferido para a outra, caso a família não conseguisse sustentar esse indivíduo.

Na Índia, o casamento entre castas também importava em um significado profundamente religioso, já que era considerado um tabu o casamento entre pessoas de castas diferentes, tendo em vista que o sistema de castas não era considerado meramente político, mas divino. (CARRIERE, Jean-Claude, 2009)

Casamentos também não necessariamente envolvem membros de outros grupos, como é o caso do casamento exogâmico, ou seja, com alguém de algum outro grupo que não o próprio. O incesto, apesar de ser considerado imoral na sociedade atual e causa de nulidade para o casamento dentro da jurisdição brasileira, outrora era tido como aceitável em determinadas sociedades, seja por questões culturais ou até mesmo por falta de parceiros para se relacionar.

Há de se falar também no costume de rapto ou sequestro da noiva, no qual a mulher é raptada por um homem e seus amigos, podendo ou não haver inclusive violência sexual. Evidente é que esse costume seria inaceitável na sociedade atual, não apenas caracterizando como uma atitude criminosa, como um desrespeito a direitos humanos fundamentais, tendo em vista todo o histórico de luta por direitos civis protagonizada pelas mulheres dentro de movimentos sociais durante o século XX e XXI. Tal costume era habitual de algumas sociedades localizadas em lugares como a Ásia Central e o Cáucaso. É também possível observar esse comportamento em Roma, no episódio do Rapto das Sabinas, retratado por Plutarco.

“Rômulo, porém, enquadra política e institucionalmente o rapto das Sabinas pelo contrato matrimonial e pela aliança entre povos – tendo, para ele, reservado apenas Hersília. Assim se converte em paradigma de comportamento, ainda que essa conversão se venha, progressivamente, a converter em dureza e inflexibilidade.” (PLUTARCO, p.4)

Em outras sociedades, também era comum o casamento infantil, e às vezes até mesmo em conjunto com os casamentos arranjados. Outrora aceitável, hoje se trata de um conceito repudiável pela sociedade atual, já que se trata de um relacionamento pedofílico. Ainda é praticado em lugares na Índia e países na África, como Burkina Faso, Moçambique e Sudão do Sul.

Apesar de existir desde tempos imemoriais e até mesmo ser aceito ou então não ser motivo de tabu em determinadas sociedades, o relacionamento homossexual, ou seja, entre indivíduos do mesmo sexo ou identidade de gênero, é atualmente um tema extremamente relevante, tendo em vista a questão do casamento e da legalidade do relacionamento homossexual.

Em sociedades como a greco-romana, a homossexualidade, a depender da situação e das pessoas, era tida como aceitável e natural. No Japão, há relatos que alguns *daimyos*, senhores de guerra feudais, mantinham relacionamentos homoafetivos com jovens samurais, na prática conhecida como *wakashudo*, ou “o caminho do jovem”, na qual jovens garotos da classe dos samurais se relacionavam com os seus senhores, de maneira similar a pederastia que se dava na Grécia há centenas de anos antes entre jovens aprendizes e seus mestres. (WATANABE, Tsuneo, 1989)

Em contrapartida, outras sociedades rejeitavam expressamente o relacionamento homoafetivo, como por exemplo, a sociedade hebraica e islâmica. Por vezes, até consideravam pecados dignos de pena capital.

“Quando também um homem se deitar com outro homem, como com mulher, ambos fizeram abominação; certamente morrerão; o seu sangue será sobre eles.” (Bíblia Sagrada, Levítico 20:13)

Atualmente, alguns países permitem o casamento homoafetivo em seus ordenamentos jurídicos, apesar de gerar debates controversos dentro da sociedade.

Demonstra-se aqui, novamente, que a ideia de matrimônio passou por diversas mudanças, seja em relação a outras sociedades ou até mesmo dentro de

uma determinada sociedade, já que tempos atrás, nesta sociedade, o casamento entre pessoas do mesmo sexo era proibido.

Eis a importância de analisar cautelosamente o tema, tendo em vista a historicidade do fenômeno jurídico em questão.

3 O CASAMENTO CIVIL E AS TEORIAS SOBRE A NATUREZA JURÍDICA DO CASAMENTO

Tendo em vista toda a retrospectiva histórica a respeito do matrimônio, é de se concluir que na atual situação sócio-jurídica, o casamento é primariamente tutelado pelo Estado, na esfera cível. Por isso, o casamento religioso apenas pode ser celebrado atualmente caso exista, à priori, um casamento civil autenticado pela autoridade estatal.

Ora, tendo em vista que o matrimônio é uma relação de suma importância dentro da sociedade, já que importa em questões de divisão de bens patrimoniais, a depender do regime de casamento adotado ou imposto ao casal, também importa em questões de guarda, quando se trata de um relacionamento conjugal no qual existem descendentes comuns ao casal. Portanto, trata-se de um assunto a ser ponderado.

Especificamente, tratar da natureza jurídica desse ato jurídico, já que ao entender a natureza desse objeto, a maneira de abordá-lo e as implicações jurídicas a depender da natureza podem gerar efeitos diversos com consequências diversas.

Parte da doutrina entende que a natureza jurídica do casamento se trata de um contrato bilateral consensual e interpartes. Ou seja, trata-se de uma espécie de contrato, no qual ambas as partes, capazes e legítimas (já que o ordenamento jurídico não autoriza, por exemplo, a hipótese de incesto, sob pena de nulidade) consensualmente (já que não se admite rapto, sequestro, casamento arranjado) realizam contrato para adentrar uma sociedade conjugal entre as duas partes (não se admitindo outras, já que no Brasil a bigamia, mesmo que consensual, ainda enquadraria como ilícito penal. Tema também controverso em parte da doutrina). Nesse posicionamento, o Estado simplesmente não toma parte nisso,

bastando a ele apenas o reconhecimento da sociedade conjugal e proteção ao direito de forma-la, desde que ela se atente aos requisitos necessários ao contrato, sob a penalidade de ser considerado ato nulo. Tal é o entendimento de Maria Berenice Dias:

Aliás, não se pode conceber **nada mais privado**, mais profundamente humano do que a família, em cujo seio o homem nasce, vive, ama, sofre e morre. A pretensão de deslocar a família do direito privado representa um contrassenso, pois prepara o terreno para um intervencionismo intolerável do Estado na vida íntima. Imperioso, portanto, reconhecer que o direito das famílias, ainda que tenha características peculiares e alguma proximidade com o direito público, tal não lhe retira o caráter privado, não se podendo dizer que se trata de direito público. (DIAS, pg. 35)

Outra corrente na doutrina procura rebater a corrente contratualista, entendendo que, na verdade, o casamento se trata de uma instituição, já que o próprio Estado estabelece legislação e regras, definindo os efeitos jurídicos do ato e impondo obrigações a ambos os cônjuges. Tal corrente também argumenta que o casamento não poderia ser reduzido a mero contrato, já que não apenas se trata de questões patrimoniais, mas também pessoais, que não são objetos de contrato. Todavia, questiona-se se o mesmo se aplica a um casamento puramente econômico, que além de ser viável pela legislação estatal, envolve tão somente questões patrimoniais, descartando qualquer relação passional. Ainda assim o casamento seria uma instituição? Todavia, ainda assim, esse é o entendimento de Maria Helena Diniz:

A ideia de matrimônio é, ante essas considerações, oposta à de contrato é equipara-lo a uma venda ou a uma sociedade, colocando em plano secundário seus nobres fins. Deveras, difere o casamento, profundamente, do contrato em sua constituição, modo de ser, alcance de seus efeitos e duração. O contrato tem no acordo de vontade dos contratantes seu principal elemento, ao passo que, no matrimônio, a simples vontade dos nubentes não tem o condão de constitui-lo; requer, necessariamente, a intervenção da autoridade eclesiástica ou civil para sancionar e homologar tal acordo. (DINIZ, p.44 e 45)

Tendo em vista os problemas inerentes a ambas correntes, surge uma terceira corrente para tentar sintetizar elementos das duas. A corrente mista ou eclética diz que o casamento na verdade se trata de ato complexo, no qual a criação se dá de forma livre e consensual, como se fosse um contrato, enquanto que os

efeitos são modulados pelo Estado. A liberdade dos parceiros no momento da criação se restringe a escolha do regime de bens, ao próprio parceiro e a permanência ou impermanência da relação familiar. Em contrapartida, efeitos como nome, estado civil, parentesco, coabitação, fidelidade conjugal, não se tratam de objetos passíveis de serem contratados, ou seja, são institucionais e regulados pelo Estado.

4 REFLEXÕES PRÁTICA A RESPEITO DA NATUREZA JURÍDICA DO CASAMENTO

Ora, parece ser muito mais razoável o posicionamento de tal síntese, uma vez que se o casamento fosse tão somente um contrato, não teria efeitos contra terceiros, que de fato produz. Todavia, também existe a liberdade das partes pactuarem como será feita a divisão de patrimônio, se existirão ou não herdeiros e decidirem livremente como irão dissolver a sociedade conjugal, remetendo à ideia de liberdade que os contratos possuem. Talvez seja razoável considerar que em sua criação e dissolução, o casamento possui forma contratual, porém existem elementos nele contido que necessitam da atuação estatal, por exemplo, quando existem descendentes envolvidos na relação.

Também é de se reconhecer que com o atual contexto social, é difícil fazer definições estruturais e rígidas de modelos familiares. A exemplo, o amor por parte dos cônjuges não é um requisito para casar e formar família. Para o ordenamento, seria plenamente possível dois conhecidos estarem casados, sem sequer compartilhar sentimentos de amor, visando apenas questões econômicas e financeiras, bastando tão somente a capacidade, a vontade e a celebração em cartório.

Não se pode também deixar de lado a presença das famílias homoafetivas. É questionável se no atual contexto dos Estado Democrático de Direito, que defende a supremacia dos direitos humanos como normas imperativas, se o Estado pode fazer interpretações restritivas quanto a gênero se uma pessoa pode ou não decidir se casar. Se nem sequer é necessário amor para estar

civilmente casado, que há de impedir, por exemplo, um casal lésbico que compartilha de sentimentos de amor para se casar em cartório?

Tendo em vista a questão da liberdade inicial de compactuar um matrimônio, que impedimentos haveria no caso dos conhecidos? Não haveria nenhum, no caso. Porém, pela letra fria da Lei, o casamento seria apenas entre homem e mulher.

Embora atualmente hajam decisões judiciais nesse sentido, como o entendimento proferido pelo Supremo Tribunal Federal na questão das uniões homoafetivas, o entendimento pode vir a mudar, questionando-se a validade de retroagir em questão de direitos fundamentais, como o de formar família, garantidos não apenas na Carta Magna, como em tratados internacionais de direitos humanos do qual a pátria é signatária, como o Pacto de San José da Costa Rica.

5 CONCLUSÃO

Tendo em vista o conteúdo abordado, podemos observar que o matrimônio é um elemento essencial nas sociedades humanas ao redor do mundo e que tal rito é tratado diferentemente por cada cultura em seu dado tempo, passando por evoluções e mudanças.

Pode ser observado que dentro do próprio contexto social brasileiro, o casamento foi tratado com valores e abordagens diversas dentro da história da pátria, tendo por começo um tratamento rígido e pautado em dogmas morais e religiosos, rumo a um entendimento mais progressivo e tolerante a respeito das formações familiares e tratamento equitativo, tendo em vista a equiparação de direitos entre os gêneros.

Para atender a essa questão, a doutrina também criou correntes a respeito do que seria o casamento dentro do mundo jurídico, preponderando até hoje um amplo espaço de discussão, no qual prevalecem três grandes correntes de pensamento. Uma corrente que defende ser o casamento tão somente o contrato, no qual foram apontadas falhas e equívocos. Outra defendendo ser tão somente institucional, o que também não parece convincente, haja em vista a questão da liberdade de compactuar elementos chave dentro do matrimônio.

Assim, no presente artigo, chegou-se ao entendimento de que a terceira corrente, que seria uma síntese entre as duas outras correntes, possui um entendimento mais acertado a respeito da natureza, não desconsiderando a relatividade e liberdade presente na organização partindo da vontade dos compactuantes, porém não desconsiderando que não se trata puramente de um contrato, tendo em vista outras questões, como por exemplo os direitos das crianças e adolescentes e a proteção especial que gozam por parte do Estado, criando obrigações para os cônjuges que possuem descendentes.

Também se procurou questionar as limitações por parte de casais homoafetivos em comparação com casamentos visando tão somente interesses econômicos, que apesar de poderem legalmente casar com o entendimento judicial supremo atual, correm o risco de retroagir em direitos por causa dessa mesma flexibilidade instável por parte das decisões jurisdicionais, propondo buscar uma fundamentação em fontes mais rígidas e hierarquicamente superiores, como a Constituição Federal da 1988 e os pactos internacionais que versam sobre direitos humanos, dos quais o Brasil é signatário e ratificou, importando em obediência ao que eles prescrevem.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

BÍBLIA SAGRADA. Edição Pastoral, São Paulo: Paulus, 2004.

COULANGES, Fustel de. **A Cidade Antiga:** texto integral. 2. ed. São Paulo: Martin Claret. 2001.

DIAS, Maria Berenice. PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de família e o novo Código Civil.** 3. Ed. Belo Horizonte: Del Rey. 2003.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**, volume 5: direito de família. 25. Ed. São Paulo.: Saraiva. 2010.

DIAS, Maria Berenice. **Manuel de direito das famílias.** 8 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2011.

PLUTARCO, **Vidas Paralelas – Teseu e Romulo**, p.4. 1 ed. Coimbra. Centro de Estudos Clássicos e Humanísticos, 2008.

CARRIERE, Jean-Claude, **Índia – Crenças, costumes e a sabedoria de uma das civilizações mais antigas do mundo**, ed. 1, Brasil, Editora Ediouro, 2009.

WATANABE, Tsuneo. JUN'ICHI, Iwata. **O amor do Samurai: mil anos de homossexualidade japonesa.** GMP, Londres, 1989