



## ARQUITETURA HISTÓRICA E PERCURSO LEGISLATIVO DA FAMÍLIA CONSTITUÍDA PELO CASAMENTO CIVIL

*Professora Mestre Martha Solange Scherer Saad*

*Professora da Faculdade de Direito - UPM*

Diversas e complexas são as teorias que explicam a origem da família e do casamento. Algumas decorrem de análise filosófica, outras de estudo sobre tribos indígenas, outras ainda encontram subsídios na mitologia e nas religiões, e todas trazem lições e informações essenciais à caracterização da família conjugal contemporânea.

A primeira forma de união entre homens e mulheres não era casamento nos moldes que o conhecemos hoje. Dava-se, presumivelmente, pela captura da fêmea pelo macho, tal qual ocorria entre os animais.

*A mulher começa em sendo escrava do homem, confirma Guizot. Senhor absoluto da natureza e do mundo, apoderando-se das coisas e subjugando os animais, o homem também estende à mulher seu domínio pleno e incontestado.(...) Unida pelo sangue, fez-se a mulher submissa pelo trabalho. Jungida à gleba, como elemento de força e riqueza, entrou, por tal forma, para o patrimônio individual do homem (...).<sup>1</sup>*

---

<sup>1</sup> SAMPAIO, Carlos. *Curso de Direito Civil*, vol. 1, p. 1 e 2.

Promiscuidade, poliandria (uma mulher e vários homens), poligamia (um homem e várias mulheres), casamento por grupos, monogamia, foram modelos de união relatados pelos historiadores e estudiosos.

As pessoas se uniam instintivamente para satisfação do impulso sexual e para congregar forças e, assim, poder enfrentar os perigos naturais, dividindo tarefas para a sobrevivência e estabelecendo seu território. O perigo era proveniente das forças naturais — tempestades, animais, fome etc.—, e das forças humanas — os inimigos que desejavam se apropriar do alimento ou do território ocupado por um certo grupo. Junto a esse grupo de pessoas, o homem criava deuses a quem oferecia sacrifícios e orações para receber proteção.

Engels<sup>2</sup> analisa a origem da família, mais propriamente da família conjugal, com base em três autores que assumiram posições ora antagônicas, ora correspondentes: Bachofen, Mac Lennan e Morgan, e que passaremos a enfocar, do ponto de vista do autor da célebre obra *A origem da família, da propriedade privada e do Estado*.

Bachofen<sup>3</sup> visualiza a história da família, afirmando que o homem primitivo, em todos os povos antigos, vivia em promiscuidade sexual, de tal sorte que, sendo impossível determinar com certeza a paternidade, a filiação era contada pela linha feminina. Dessa forma, a mulher, ou seja, a mãe gozava de grande prestígio; a esse domínio feminino absoluto deu-se o nome de ginecocracia.

---

<sup>2</sup> ENGELS, Friedrich. *A origem da família, da propriedade privada e do Estado*, p. 7 a 127.

<sup>3</sup> *Direito Materno*, 1861, *apud* ENGELS, Friedrich, *op. cit.*, p. 11 e 12.

Nesse sentido, Carlos Sampaio relata que a mulher era, na verdade, tida como escrava ou propriedade do homem, um “animal proveitoso” e de fácil aquisição. “Como escrava ou propriedade de todos, dá ou entrega a todos o seu corpo ou a sua carne. Assim, o filho não é do pai, é de todos. É da tribo”. Refere-se ao *hetairismo*, denominação dada ao estado de promiscuidade primitiva feminina, que teria sido o início do caminho para a poliandria. A noção de apropriação e de propriedade, como meio de atender e manter seus interesses, levou o homem às guerras, ao aprisionamento e à escravidão dos inimigos e das mulheres, como um troféu da batalha. Transformadas em propriedade de guerra, as mulheres formavam, junto de seu dono, uma espécie de família, cujo âmago consistia de um estado permanente de co-escravidão. Estes fatos contribuíram para a extinção da poliandria e a instauração da poligamia, definindo-se o parentesco pela linha paterna. A ginecocracia deu lugar à andococracia.<sup>4</sup>

A monogamia era considerada uma transgressão à lei religiosa que atribuía um direito de vários homens à mesma mulher, e de uma mulher sobre vários homens. O desenvolvimento de novas idéias religiosas, com a introdução de novos deuses masculinos mais poderosos que as tradicionais deusas, que ocasionou a passagem da promiscuidade sexual (heterismo) para a monogamia entre os gregos; assim, acreditava-se que estas novas divindades derrubaram o direito materno e o substituíram pelo paterno.

Outra visão da história da família e do casamento, em 1865, deve-se a J. F. Mac Lennan<sup>5</sup>. Analisando o costume selvagem de matar as crianças do sexo feminino logo após seu nascimento, o

---

<sup>4</sup> SAMPAIO, Carlos, op. cit., p. 2 a 6.

<sup>5</sup> *Estudos de História Antiga, O Matrimônio Primitivo*, Londres, 1886, p. 124, *apud* ENGELS, Friedrich, op. cit., p. 13-16.

autor proclama que a escassez de mulheres levou à poliandria. Os homens e as mulheres necessitavam buscar pares em outras tribos, pois não podiam casar entre si, fazendo nascer o casamento por rapto. O autor distingue as tribos exógamas, acima descritas, das endógamas, nas quais o matrimônio só era permitido entre as pessoas de sua própria tribo.

A seu turno, Lewis H. Morgan<sup>6</sup> demonstra a fragilidade da teoria de seu predecessor através de estudo dos sistemas de parentesco até então existentes, concluindo que a família também se originou sob a forma de matrimônio por grupos, dividindo-se cada tribo em certo número de *gens* (grupos ou clãs consangüíneas por linha materna) dentro dos quais era proibido o casamento, obrigando homens e mulheres a procurar parceiros em outras *gens*. Primeiramente existiu a promiscuidade sexual, correspondente à passagem da animalidade à humanidade; após, o matrimônio por grupos, de sorte que cada homem pertencia igualmente a todas as mulheres e cada mulher a todos os homens; depois, instaurou-se a poligamia e a poliandria como formas especiais de matrimônio por grupos. As transformações desses estados resultaram num estreitamento das relações até a limitação ao casal, na expressão da monogamia.<sup>7</sup> A poligamia e a poliandria sobreviveram como fases do matrimônio por grupos, estando, talvez, nele incluídas.

O homem desejou valer-se da vantagem de sua posição mais importante, para modificar a ordem de herança com o objetivo de beneficiar seus filhos. Adotou-se então o costume de atribuir aos

---

<sup>6</sup> *Sistemas de Consangüinidade e Afinidade da Família Humana*, 1871; *A Sociedade Antiga*, 1877, apud ENGELS, Friedrich, op. cit., p. 17-20. Nestas obras de Morgan, Engels baseou o seu estudo, julgando-as as mais adequadas a respeito do histórico da formação da família.

<sup>7</sup> Criticando o paradigma do desenvolvimento da idéia de parentesco, citado por Engels com base em Morgan, José Arthur Gianotti (*Trabalho e reflexão: ensaios para uma dialética da sociabilidade*) diz que há equívoco em “partir do casamento grupal e, por exclusões sucessivas, chegar à família conjugal”. (...) “como se a universalidade da família consangüínea possuísse em si mesma um princípio de restrição e individualização, desencadeado unicamente pela presença de fatores exógenos.” (p. 127)

filhos um nome da *gens* paterna para que se integrassem a esta tornando-se herdeiros do pai. A partir daquele momento o direito paterno tomou a direção do direito da família e acarretou “o desmoronamento do direito materno, a grande derrota histórica do sexo feminino em todo o mundo.”<sup>8</sup> Subjugado o direito materno, surgiu a família patriarcal, cuja expressão máxima pode ser verificada entre os romanos.

O casamento surgiu, assim, da religião e da necessidade estatal de povoamento por cidadãos e soldados. O casamento não foi inventado pelo legislador, preexiste ao direito positivo, antecede a cultura jurídica. Suas origens foram religiosas e sociais: “ *fueron los magos, hechiceros, brujos, sacerdotes, quienes oficiaban en nombre de la divinidad o divinidades. Por eso es congruente afirmar que el matrimonio siempre fue religioso, es decir, un hecho misterioso, un sacramento.*”<sup>9</sup> A finalidade suprema do casamento era a descendência para alimentar o fogo dos deuses paternos, mas ao lado dos deuses havia a pátria (*terra patrum*), exigindo cidadãos. Para os gregos, afirma Carlos Sampaio<sup>10</sup>, “o casamento já não é mais a pyra onde ardem, em holocausto de amor, os sentimentos affectivos de dois corações unidos, mas o altar, sempre incandescente, donde apenas evolam labaredas de fé religiosa e de fé patriótica.”

A família monogâmica era fundamentada, em resumo, no domínio do homem sobre a mulher, no patriarcado, no direito paterno, segundo o qual o chefe da família era o chefe de tudo o que constituía a família, ou seja, mulher, filhos, bens e escravos, com direito de venda, troca, vida e morte sobre todos esses bens de seu

---

<sup>8</sup> ENGELS, Friedrich, op. cit., p. 40 a 49.

<sup>9</sup> AGUIRRE, José Amado. *Matrimonio Civil y Matrimonio Canónico*, p. 20.

<sup>10</sup> *Curso de Direito Civil*, op. cit., p. 17.

domínio e propriedade. A finalidade da formação familiar era a procriação, dada a importância de se manter os bens dentro da mesma *gens*, através do direito de herança. A monogamia teria se originado da concentração de riquezas nas mãos do homem, com o intuito de transmiti-las aos filhos por ele gerados.<sup>11</sup> Para isso era necessário que esse homem tivesse certeza da origem de sua descendência, o que exigiu a fidelidade e a monogamia da mulher, apenas dela. O homem permaneceu polígamo.

Por outro lado, o amor sexual individual era desconhecido e não foi sequer cogitado como indutor da monogamia, pois os casamentos eram realizados por pura conveniência, baseados em condições econômicas. O amor, como indutor do casamento, surgiria muito depois, com a mistura dos povos após a ruína romana, que suavizou, ao menos aparentemente, a supremacia do homem sobre a mulher.<sup>12</sup>

A origem da família relatada por Mac Lennan, Morgan, Bachofen, Spencer, Engels, entre outros, é considerada improvável e incompatível com a natureza exclusivista dos homens por alguns juristas, segundo os quais há razões para sustentar-se que tenha vigorado a poligamia polígena<sup>13</sup>, ou até mesmo a monogamia, defendida por Ziegler, Starck, Darwin e Westermarck.<sup>14</sup>

A família antiga era mais uma associação religiosa do que uma associação natural, na lição do historiador francês Fustel de Coulanges<sup>15</sup>. Não teve origem na geração, nem tampouco no afeto

---

<sup>11</sup> ENGELS, Friedrich, op. cit., p. 62.

<sup>12</sup> A mulher era incapaz, não apenas perante a lei, mas também perante a sociedade e a família. O casamento era, para ela, o destino incontestável. A *Medeia* de Eurípedes (p. 260-265) exemplifica essa situação: “De início temos que comprar por alto preço o esposo e dar, assim, um dono ao nosso corpo. Mal ainda mais doloroso do que o primeiro, mas o maior dilema, é se ele será mau ou bom, pois é vergonhoso para nós, mulheres, largar o esposo (e não nos deixam repudiá-los).” LEAL, José Carlos. *A Maldição da Mulher*, p. 65.

<sup>13</sup> AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Família*, p. 258 a 260.

<sup>14</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições*, v. 5, p. 16 e 17.

<sup>15</sup> *A Cidade Antiga*, p. 43 a 56.

natural, e não foram a força física do homem e a sua superioridade em relação à mulher e aos filhos que constituíram as famílias romana e grega. Estas, na verdade se formaram pela religião, pelo culto ao fogo sagrado. Filho não era quem nascia do pai apenas, mas aquele que cultuava os mesmos deuses; o filho natural poderia deixar de ser filho se emancipado, o que constituía uma punição. O parentesco e o direito à sucessão eram regulados não em razão da consangüinidade e do nascimento, mas em razão da participação no culto. A antiga língua grega possuía a palavra *epístion* para designar família. Literalmente *epístion* significa: aquilo que está junto do fogo sagrado, do lar. Havia deuses de duas categorias: os superiores e os domésticos, estes se constituíam dos antepassados próprios de cada família e seu culto era representado pelo fogo que não podia se apagar, denominado deus-lar.

O caráter do casamento essencialmente religioso<sup>16</sup> podia ser notado quer entre os gregos como entre os romanos. A mulher tinha de deixar o culto aos antepassados de sua família consangüínea, que ela cultuou durante toda a infância, e, rompidos esses laços por uma fórmula ditada pelo seu pai, era ela entregue ao marido que a levava à sua casa, a qual passaria a ser o lar conjugal. Lá ela era apresentada aos deuses domésticos. O marido lhe transmitia todos os segredos de seu culto, orações e sacrifícios, que eram a verdadeira herança deixada por seus antepassados. O que de mais precioso possuía iria agora compartilhar com a mulher e, depois, com os filhos.

A união conjugal antiga era constituída por meio de um contrato pragmático entre o marido e a família da mulher. Esta

---

<sup>16</sup> Esclarece Álvaro Villaça AZEVEDO que “na Antigüidade, a família era, em geral, constituída por meio de celebrações religiosas ou por meio de simples convivência.” *União Estável – Antiga Forma de Casamento de Fato*, p.11.

mulher, que sequer era ouvida e não tinha direitos civis, possuía as funções de gerente<sup>17</sup> da casa e procriadora de bons cidadãos atenienses ou romanos.

O matrimônio era visto pelos romanos mais como um fato social que uma relação jurídica, acentua Max Kaser<sup>18</sup>, embora produzindo efeitos jurídicos de largo alcance. Seu caráter fundamental encontrava-se na efetiva comunidade de vida, “sustentada pela *afetivo maritalis*, a intenção e a consciência de ambos os cônjuges de que a união é matrimônio”, mas não caracterizava vontade negocial, não constituía negócio jurídico. O casamento romano, segundo o autor, tinha por pressupostos, contidos naquela consciência matrimonial, uma união caracterizada pela comunidade de vida e associação doméstica monogâmica e vitalícia, cuja nobre finalidade era a descendência. Sendo um fato social, os princípios que regiam sua proteção, sua celebração e dissolução, não eram regulados pelo direito, mas pela moral, cujos vínculos eram suficientes para garantir a subsistência matrimonial. Em Roma o casamento era considerado justo ou legítimo quando apresentasse três requisitos: o consentimento, a puberdade e o *conubium*. Constituía-se a família pelo casamento *cum manu* ou *sine manu*. O vocábulo *manus* designava o poder doméstico, atribuído ao marido sobre a mulher, denominado poder marital.

---

<sup>17</sup> Era tão importante que a mulher ateniense conhecesse economia (*oiko-nomos*), a arte de dirigir a casa, que Xenofonte escreveu um manual – *O Econômico* – para preparar a mulher grega para as tarefas do lar. O manual era um diálogo entre Sócrates e um discípulo, Isômaco, que, em certo momento, explica à sua jovem esposa de 14 anos (p. 66): “Compreendeste, agora, por que motivo casei contigo e os teus pais te confiaram a mim? Não seria difícil arranjar outra pessoa que partilhasse do meu leito; tu própria tens, certamente, consciência disso. Mas só depois de termos refletido, eu por meu lado e teus pais por outro, na melhor pessoa que mutuamente poderíamos agregar à família, para se ocupar de nossa casa e dos nossos filhos, é que te escolhi como teus pais me escolheram a mim, provavelmente entre vários outros partidos.” LEAL, José Carlos. *A Maldição da Mulher*, op. cit., p. 62.

<sup>18</sup> *Direito Privado Romano*, p. 317 a 319.

O casamento *cum manu*<sup>19</sup>, que integrava totalmente a mulher na família do marido, realizava-se através da *confarreatio*, consistente em cerimônia religiosa solene privativa do patriciado, da *coemptio*, representada pela venda simbólica da mulher ao homem e reservada aos plebeus e do *usus*, modo de aquisição da *manus* pelo estado possessório e pela coabitação entre o homem e a mulher durante o prazo ininterrupto de um ano. O casamento *sine manu*, ou livre, era destituído de formalidade e de cerimônia simbólica, e passou a ser modo usual de enlace com o desuso do casamento *cum manu*, que ocorreu por força da evolução nos costumes da idéia de desarmonia entre casamento e sujeição da mulher ao poder marital.

Posteriormente o matrimônio passou a ser um ato consensual contínuo de convivência e livre, composto por dois elementos, um subjetivo, a *affectio maritalis* — intenção de ser marido e mulher — e outro objetivo, o *honor matrimonii* — realização da vida em comum. Exigia-se, então, a capacidade e o consentimento dos nubentes e a ausência de impedimento (*justae nuptias*). Dissolvia-se o matrimônio quando desaparecia o consenso, unilateralmente (pelo repúdio ou divórcio), ou bilateralmente (pelo dissenso).

Alguns fatos históricos tiveram significativa importância na evolução do conceito de formação do vínculo conjugal.<sup>20</sup> O Alto Império Romano passou por grandes crises religiosas, culminando na decadência da religião tradicional, no aparecimento do culto ao imperador e dos cultos orientais. O cristianismo se difundiu e foi reprimido por Nero (14–68 d.C.). Já no Baixo Império, Roma se desequilibrou política e economicamente, até sua restauração por

---

<sup>19</sup> AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Do Concubinato ao Casamento de Fato*, p. 118 a 123.

<sup>20</sup> *Grande Enciclopédia Larousse Cultural*. São Paulo: Nova Cultural, 1998, v. 21, p. 5.103 a 5.112. Veja-se também AGUIRRE, José Amado, op. cit., p. 19 a 58.

Diocleciano (284–305) e por Constantino I (306–337) que, pelo Edito de Milão no ano 313, proclamou a liberdade de cultos. No reinado de Teodósio o Grande, no ano 380, foi editado o decreto que consagrou a religião cristã como religião do Estado. O Império Romano tornou-se cristão. Durante o império de Constantino, que fundou Constantinopla transferindo para lá sua residência, e de Teodósio I, o Império Romano foi invadido muitas vezes e teve um declínio considerável, sendo dividido em dois pelos filhos de Teodósio.

As invasões à cidade de Roma acarretaram sua evacuação em 547. O clero, então, passou a dirigi-la e o papa investiu-se da autoridade temporal. O matrimônio ganhou novos contornos, esquecidos os requisitos jurídicos formais do direito romano, proliferando aqueles casamentos chamados clandestinos, aperfeiçoados pela simples convivência. A Igreja Católica entendia válidos todos os matrimônios de batizados ou não batizados, que se realizassem segundo as leis e os costumes locais.

Max Kaser<sup>21</sup> lembra que “a concepção romana do matrimônio é completamente diferente da moderna, inspirada em motivos cristãos.” O direito matrimonial canônico foi desenvolvido sobretudo na Idade Média, seguido pelos ordenamentos dos Estados ocidentais, que submeteram os requisitos, a celebração e a dissolução a uma rigorosa fiscalização. Por influência da doutrina cristã, a concepção romana pós-clássica passou a considerar o casamento uma relação jurídica.

Politicamente, a autoridade papal foi contestada pelos imperadores e pelo povo romano, até o final da Idade Média, mas acabou por se transformar no centro do catolicismo, que se impôs como modelo doutrinal (séc. XV).

---

<sup>21</sup> Obra citada, p. 317-318.

Nessa época, a Igreja estava em pleno estabelecimento e reclamava para si a instituição e regramento do matrimônio. O casamento cristão tornou-se um dos sete sacramentos da lei evangélica, sendo, portanto, indissolúvel; é a representação da união entre Cristo e sua Igreja, redime os pecadores, salva as suas almas, é um remédio contra o pecado para os fracos de espírito e lhes permite um ingresso ao paraíso, pelos bens que o desculpam — *proles, fides e sacramentum*, na teoria de Santo Agostinho.

A Reforma, conflito religioso do séc. XVI, deu origem às Igrejas protestantes marcando três correntes: a Luterana, a Calvinista e a Anglicana, trazendo novas reflexões sobre a teologia e influenciando a matéria matrimonial. Apesar da Reforma, ou talvez justamente por sua causa, a Igreja Católica, em oposição e visando organizar a vida dos cristãos para conter o avanço da Reforma Protestante, firmou sua doutrina e estabeleceu dogmas convocando o famoso Concílio de Trento (1545–1563), e influenciando a maioria das legislações civis que vieram depois. Seus princípios podem ser assim resumidos: verificação de rigorosos impedimentos matrimoniais, expedição e publicação de proclamas informando o enlace, celebração pelo pároco ou sacerdote diante de duas testemunhas, expresso consentimento dos nubentes, coroamento da cerimônia com a bênção nupcial. Para o Catolicismo, a partir deste momento, o vínculo conjugal deixou de ser criado apenas pelo acordo de vontades, sob forma contratual, para ser constituído pela autoridade eclesiástica.

O Concílio de Trento declarava que o matrimônio dos batizados é um sacramento em sentido estrito e que, para os batizados, só é válido o casamento celebrado de acordo com as normas canônicas. Qualquer matrimônio realizado de forma

contrária às normas do Concílio era considerado absolutamente inválido configurando concubinato. A possibilidade de o adultério ser causa de divórcio vincular foi abolida, proclamando-se aquele delito causa de divórcio relativo apenas, ou seja, a separação de corpos sem extinção do vínculo (cânones 1141 e seguintes).

Hoje, na visão eclesiástica, só é válido o casamento canônico e este só pode ser celebrado entre pessoas batizadas. Apenas a Igreja tem competência exclusiva para regulamentar a celebração, validade e dissolução do matrimônio. Tal exclusividade de competência é fundamentada pela existência de uma conexão jurídica entre matrimônio e sacramento. E este último, sacramento, é vocábulo cujo conceito e alcance não se relacionam ao Estado.

Nessa mesma linha, a Igreja entende e aceita que ao Estado só cabe legislar sobre a organização, validade, dissolução e efeitos de casamento civil de pessoas não batizadas, porque a estas não resta outra alternativa de realização de matrimônio. Porém, este casamento civil terá efeitos meramente laicos, pois não tem o condão de tornar-se sacramento. De qualquer modo, o casamento não celebrado perante a autoridade eclesiástica, não é matrimônio, não se caracteriza como aquela unidade desejada pelo Criador e expressa na Bíblia<sup>22</sup>, é concubinato, é união imoral. Nega-se ao Estado competência para legislar sobre o casamento de católicos.

O matrimônio civil torna-se obrigatório pela primeira vez no direito positivo com o Código Civil Napoleônico de 1804, prescindindo do caráter religioso. Aguirre<sup>23</sup> condena a crítica da Igreja sobre a não competência estatal sobre o matrimônio:

---

<sup>22</sup> Gênesis, 2, 24: *Por isso deixará o homem a seu pai e a sua mãe, e se unirá a sua mulher: e serão dois numa mesma carne.* O primeiro matrimônio teria sido o estabelecido entre Adão e Eva. A interpretação do texto bíblico conduziu a Igreja Católica a considerar a origem divina do matrimônio. (*Bíblia Católica*)

<sup>23</sup> AGUIRRE, José Amado, op. cit., p. 31.

*Por primera vez en la historia de la humanidad, se legisla coactivamente sobre el matrimonio y divorcio vincular desde el punto de vista exclusivamente laico. La Iglesia Católica condenó y condena reiterada e inútilmente la competencia del Estado sobre la validez del matrimonio de bautizados. Esto es claro.*

Para o direito brasileiro, somente a união entre duas pessoas de sexo diferente celebrada na forma civil é reconhecida como casamento. Uniões celebradas por outras formas não caracterizam casamento, constituindo sociedade de fato ou o denominado concubinato, podendo, todavia e preenchidos os requisitos legais, vir a configurar união estável gerando efeitos de família. O mesmo se diga do casamento religioso com efeitos civis, que é, na verdade, civil para a ciência do Direito, pois para receber tais efeitos deve se submeter aos mesmos requisitos de validade. Não importa a crença religiosa dos nubentes, os cidadãos de um Estado estão todos sujeitos à mesma legislação matrimonial, até mesmo em razão do princípio jurídico da igualdade perante a lei, de batizados ou não, crentes ou ateus. O Direito não reconhece a competência canônica para legislar e atribuir efeitos ao casamento. Temos, então, duas modalidades de casamento, com efeitos que imperam em órbitas diversas, constituídos, interpretados e julgados por leis e juízos diversos, cada qual afirmando sua competência exclusiva.

O objeto sobre o qual atua a competência, no direito canônico, é :

*el pacto, el consorcio, el acuerdo de varón y mujer libres y hábiles de unirse para toda la vida en relación conyugal, este pacto reglado por el derecho canónico, entre bautizados es necesariamente sacramento. De allí que exclusivamente la Iglesia tiene competencia sobre este tipo de matrimonio.*<sup>24</sup>

Assim se explica a razão da exclusividade da Igreja na competência sobre este tipo de matrimônio.

De outro lado, ou seja, para o Direito Civil, ocorre o inverso: o objeto é o acordo de vontades, homologado pela autoridade civil, que cria direitos e deveres entre duas pessoas, estabelecendo um ato jurídico, independentemente da existência de crença religiosa. Tal ato não se submete ao poder espiritual, mas ao poder temporal, gerando efeitos no universo jurídico.

São, portanto, dois poderes, ambos legítimos, com competência sobre um mesmo sujeito, mas sob óticas diferentes.

O primeiro país a inserir o casamento como instituto subordinado às leis do Estado foi a Inglaterra, mas é no Código Civil Napoleônico de 1804 que o matrimônio civil torna-se obrigatório pela primeira vez no direito positivo, prescindindo do caráter religioso.

No Brasil, nos primeiros séculos após seu descobrimento, a Igreja Católica foi titular quase absoluta dos direitos do matrimônio. Aplicavam-se as disposições do Concílio de Trento, segundo a Constituição do Arcebispado da Baía. Os impedimentos dirimentes eram determinados unicamente pela Igreja e os impedimentos de Direito Civil eram considerados como meramente

---

<sup>24</sup> AGUIRRE, José Amado, op. cit., p. 41.

proibitivos. A validade do casamento era decidida pelo Juízo da Igreja (*Ordenações, Livro 5, Título 19*).

Tratando da história da família brasileira, nos idos de 1700 a 1800, Rui Geraldo Camargo Viana<sup>25</sup> explica que as “Ordenações puniam os casamentos entre pessoas desiguais. Era preciso uma autorização da justiça para que esses matrimônios pudessem se realizar, ou seja, havia uma interferência do Estado, a fim de conservar os patrimônios.” Traz à colação uma carta de D. Francisco Manoel de Mello dirigida a um amigo, na qual relatava as premissas para se obter um casamento conveniente:

*uma das coisas que mais podem proporcionar a felicidade dos casados é a proporção do casamento. A desigualdade no sangue, na idade, na fazenda, causa contradição, causa discórdia, perde-se a paz e a vida é um inferno. Para satisfação dos pais, convém a proporção do sangue. Para o proveito dos filhos, a proporção da fazenda. Para o gosto dos casados, a da idade. Se bem que essa última assertiva não era de todo válida, pois os velhos daquela época, tal como hoje acontece, adoravam casar com uma mocinha nova, dizendo que isto tem um efeito rejuvenescedor.*

Entre nós, povo majoritariamente católico à época, conforme as regras ditadas pelo famoso Concílio, e seguidas pelas Ordenações portuguesas, o casamento religioso era a única forma conhecida, até que o crescimento da imigração trouxe diferentes crenças e, com elas, a necessidade de editar-se a lei de 11 de

---

<sup>25</sup> Evolução Histórica da Família Brasileira. In Congresso. Anais... *A Família na Travessia do Milênio*, p. 330.

setembro de 1861 regulando o casamento dos acatólicos, pelo rito de outras religiões.

Mesmo assim, perdurou o casamento religioso até o Decreto 119-A de 07.01.1890, fazendo o instituto perder o caráter confessional, completando-se com a Lei do Matrimônio Civil<sup>26</sup> - Decreto 181 de 24.01.1890. Estes decretos só foram possíveis após a ruptura entre Igreja e Estado, entre poder espiritual e poder temporal, ocorrida com a proclamação da República em 1889.

A primeira Constituição brasileira a referir-se ao casamento civil foi a primeira da República:

CF/1891 - Art. 72, § 4º. *A República só reconhece o casamento civil, cuja celebração será gratuita.*

A obrigatoriedade do casamento civil para o fim de gerar efeitos jurídicos resultou numa situação paradoxal. Quem se casava no religioso, vivia em concubinato para o Estado, sem atribuição de quaisquer direitos. Quem optava por se casar no regime civil, tinha uma união imoral perante seu culto religioso.

A fim de encontrar uma solução conciliatória para os problemas surgidos da existência de duas cerimônias, o legislador pátrio atribuiu efeitos civis ao casamento religioso, na CF/1934 (habilitação prévia), na CF/1946 (habilitação posterior) e na legislação constitucional e infra-constitucional<sup>27</sup> posteriores.

---

<sup>26</sup> art. 108. *Esta lei começará a ter execução desde o dia 24 de maio de 1890, e desta data por diante só serão considerados válidos os casamentos celebrados no Brasil, se forem de acordo com as suas disposições. Parágrafo único. Fica, em todo caso, salvo aos contraentes observar, antes ou depois do casamento civil, as formalidades e cerimônias prescritas para celebração do matrimônio pela religião deles. Art. 109. Da mesma data por diante todas as causas matrimoniais ficarão competindo exclusivamente à jurisdição civil. As pendentes, porém, continuarão o seu curso regular no fôro eclesiástico.*

<sup>27</sup> Código Civil de 1916; Lei 6015/73.

A evolução do conceito de família e da importância do casamento como instrumento de formação daquela estão expressas em todo o sistema normativo nacional<sup>28</sup>.

Em 28 de junho de 1977 a Emenda Constitucional n.º 9 instituiu o divórcio no Brasil, tornando o casamento dissolúvel. O § 1º ficou assim redigido: *O casamento somente poderá ser dissolvido, nos casos expressos em lei, desde que haja prévia separação judicial por mais de três anos.* Em 26 de dezembro de 1977 foi publicada a Lei n.º 6.515, conhecida como Lei do Divórcio, que regulamentou os casos de separação judicial e de divórcio.

A Constituição Federal de 1988<sup>29</sup> ampliou as formas de constituição de família e facilitou o divórcio. À luz da CF/88, considera-se família a união constituída pelo casamento civil, pelo casamento religioso com efeitos civis, pela união estável, e pela relação natural ou jurídica entre um genitor e sua prole.

O Código Civil instituído pela Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002, dispõe, no art. 1511, que o casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e

---

<sup>28</sup> A Constituição de 1934, a segunda da República, destinou um capítulo à família e estabeleceu as regras do casamento indissolúvel (arts. 144 a 147). Seguiram-na as Constituições posteriores, na mesma linha: CF/1937 - art. 124. *A família, constituída pelo casamento indissolúvel, está sob a proteção especial do Estado. Às famílias numerosas serão atribuídas compensações na proporção dos seus encargos.* CF/1946 - art. 163. *A família é constituída pelo casamento de vínculo indissolúvel e terá direito à proteção especial do Estado.*

CF/1967 (e EC n.º 1 de 1969) - art. 167. *A família é constituída pelo casamento e terá direito à proteção dos Poderes Públicos. § 1º. O casamento é indissolúvel.*

<sup>29</sup> art. 226. *A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. §1º. O casamento é civil e gratuita a celebração. §2º. O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei. §3º. Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento. §4º. Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.* O §5º trata da igualdade entre homem e mulher no exercício dos direitos e deveres da sociedade conjugal. O §6º reduz o prazo para obtenção do divórcio após um ano da separação judicial ou dois anos de separação de fato. O §7º cuida da liberdade do casal no planejamento familiar. O §8º determina a proteção do Estado aos membros da família.

Por força da Constituição, foram editadas as Leis 7841/89 e 8408/90 que visaram adaptar a Lei do Divórcio às normas constitucionais, a Lei 8069/90 – Estatuto da Criança e do Adolescente, o Dec. 99710/90 que promulgou a Convenção sobre os Direitos da Criança e a Lei 8242/91 que criou o Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente – CONANDA (com as alterações posteriores: Dec. 408/91, Dec. 11976/94, Dec. 1335/94, Dec.1569/95, Dec.2009/96).

deveres dos cônjuges, dispôs sobre os efeitos civis do casamento religioso e regulamentou a família constituída pela união consensual.

Família é palavra que se define por si, tomando-se sua abrangência em duas acepções, ampla e restrita. No sentido amplo, família compreende o agrupamento de pessoas vinculadas pela consangüinidade, pela adoção e pela afinidade, na linha reta e na colateral, além dos cônjuges e dos companheiros.

Em sentido restrito, família envolve os cônjuges (família conjugalizada ou matrimonializada), ou os conviventes (família não matrimonializada ou união afetiva consensual), e seus filhos. À família assim constituída se denomina biparental. Também se circunscreve na acepção restrita a família monoparental, composta apenas por pai (família patrilinear), ou apenas por mãe (família matrilinear), e por seus filhos, sejam estes consangüíneos ou adotivos, matrimoniais ou não matrimoniais, e seja qualquer dos pais casado ou unido, divorciado, viúvo, solteiro, separado judicialmente, ou mesmo o não participante de qualquer modalidade de relação afetiva. A família em sentido restrito constitui a família nuclear. A Lei 8069/90 denomina de família substituta a originada da guarda, da tutela ou da adoção, devendo estar incluídas, portanto, dentre as espécies de família restrita.

A família e, especialmente, o casamento tiveram um desenvolvimento histórico e legislativo fortemente influenciado pelos costumes, pela religião e pelos interesses políticos e econômicos do Estado, em cada época. Atualmente, em consequência dessa evolução e do reconhecimento judicial e legal, a união afetiva conjugal ou consensual e o parentesco são os pilares em redor dos quais gravita a família.

## **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:**

AGOSTINHO, Santo. Confissões. Tradução de J. Oliveira Santos e A. Ambrósio de Pina. São Paulo: Nova Cultural, 1996.

AGUIRRE, José Amado. Matrimonio civil y matrimonio canónico. Córdoba: Marcos Lerner Editora, 1996. (Colección de derecho de familia y sociología jurídica).

AZEVEDO, Álvaro Villaça. Família (Direito civil). In: Enciclopédia Saraiva do Direito. São Paulo: Saraiva, 1977, v. 36. (Verbete).

———. Do concubinato ao casamento de fato. 2. ed. Belém: CEJUP, 1987.

———. União estável: antiga forma de casamento de fato. Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 20, n. 77, p.11-7, jul./set. 1996.

BIBLIA SAGRADA. Permissão de publicação pela Catholic Press, Inc. Rio de Janeiro: Barsa, 1965.

ENGELS, Friedrich. A origem da família, da propriedade privada e do Estado. Tradução de Leandro Konder. Rio de Janeiro: Polar, 1963.

FUSTEL DE COULANGES, Numa Denis. A cidade antiga. Tradução de Fernando de Aguiar. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

GRANDE Enciclopédia Larousse Cultural. São Paulo: Nova Cultural, 1998. v. 21.

KASER, Max. Direito privado romano. Tradução de Samuel Rodrigues e Ferdinand Hämmerle. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999.

LEAL, José Carlos. A Maldição da Mulher: de Eva aos dias de hoje. São Paulo: DPL, 2004, p. 65.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil: direito de família. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. v. 5.

SAMPAIO, Carlos. Curso de direito civil. São Paulo: Saraiva, 1923. vol. 1.

---