

Natureza jurídica do matrimônio à luz da dignidade da pessoa humana¹

Francisco Elias da Silva Coelho²

Márcio José Lima Benício³

RESUMO

O presente trabalho objetiva contribuir com o estudo sobre o casamento, analisando as diversas teorias jurídicas sobre sua natureza jurídica e a validade destas à luz o princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento do Estado Democrático de Direito. A discussão recai sobre as teorias que tentam explicar o matrimônio tomando por base a autonomia da vontade e a imperatividade das normas as quais se sujeita o casamento. Da análise, restou evidenciada a incompatibilidade das ideias tradicionais por pressuporem uma instrumentalização dos cônjuges, entenderem o casamento como finalidade e, portanto, configurarem como verdadeira ofensa a dignidade da pessoa humana.

Palavras-chave: *Direito de família. Matrimônio. Natureza jurídica. Princípio da dignidade da pessoa humana.*

1 INTRODUÇÃO

Desde quando Kant universalizou a dignidade, propondo que seu pressuposto suficiente é a condição de ser humano, o Direito a tomou

¹ Data de Recebimento: 18/08/2019. Data de Aceite: 20/09/2019.

² Graduação. Centro Universitário da Grande Fortaleza (UNIGRANDE). Bolsista PROGIC (Programa de iniciação científica da UNIGRANDE). Monitor de Direito Civil II. E-mail: eliascoelho1@yahoo.com

³ Mestrado Unifor. Professor no Centro Universitário da Grande Fortaleza (UniGrande). E-mail: marcio benicio@fgf.edu.br

como norma fundamental, na forma de meta princípio. O princípio da dignidade da pessoa humana tornou-se a base estruturante de todo o Direito, pelo que não há nenhum ramo jurídico que fuja de seu alcance. Esta abrangência, tende, contudo, a sofrer limitações quando se trata de relações privadas. Isso porque, se é verdade que o Estado é substancialmente o responsável pela aplicação do Direito, também é verdade que o exercício de seu poder é reduzido nas relações entre particulares, o que, historicamente, justifica-se exatamente por ser esse mesmo Estado o principal agressor dos direitos fundamentais.

É nesse contexto que interessa discutir a natureza jurídica do casamento, um dos institutos mais antigos e flexíveis do Direito Privado, que somente pode ser devidamente compreendido se analisado dentro daquela norma estruturante do Direito: o princípio da dignidade da pessoa humana.

A natureza jurídica do casamento é um dos temas sobre os quais a doutrina mais diverge. Provavelmente isso acontece por se tratar de um conceito jurídico-positivo, o que significa dizer que ele está sujeito às constantes modificações do tempo e do espaço, da cultura e dos valores de um povo (DIDIER, 2013). São pelo menos três as teorias que tentam explicar o que é o casamento: a contratual, a institucionalista e a mista. O presente estudo tem por objetivo analisar estas teses e sugerir uma solução fundada no princípio da dignidade da pessoa humana. Para tanto, vale-se, neste trabalho, principalmente, de um estudo bibliográfico baseado na doutrina nacional especializada.

Nos capítulos que seguem, faz-se uma crítica às teorias, analisam-se os conceitos básicos, como o de contrato, e apontam-se as premissas tomadas pela doutrina, nem sempre de maneira acertada. Após extrair-se conclusões sobre defeitos e qualidades sobre as diversas teorias que têm por finalidade a elucidação acerca do assunto, eis que apresenta-se, de forma atualizada e de acordo com os fundamentos constitucionais, uma contribuição para a discussão, na forma de uma possível solução para o problema.

2 O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

O princípio da dignidade humana tem sua raiz mais próxima em Kant (1986, p. 68) quando o filósofo pontuou que o homem existe, em todas as ações, como fim em si mesmo. Desde então coloca-se a pessoa como centro e finalidade de todas as ideias. Todo o ordenamento jurídico é visto como um instrumento à favor de tudo que possa garantir a dignidade humana. Tal princípio, portanto, informa que é dever do Estado funcionar para as pessoas, e não o inverso, já que o ser humano *per si* constitui finalidade precípua, e não meio de atividades estatais.

A norma-princípio em questão, consoante Fabio Konder Comparrato (2007, p. 236) “resulta também do fato de que, pela sua vontade racional, só a pessoa vive em condições de autonomia, isto é, como ser capaz de guiar-se pelas leis que ele próprio edita”. Disso, pode-se afirmar que atenta contra o referido princípio toda norma que toma a pessoa como instrumento ou que despreza sua autonomia como humano.

Somente sustentada nessa premissa é possível compreender adequadamente a natureza jurídica do matrimônio. A base, portanto, de qualquer que seja a tese cujo intuito é definir o casamento deve ser a dignidade da pessoa humana - o que permitirá identificar uma teoria atual e constitucional.

3 A TEORIA GERAL DOS CONTRATOS COMO BASE DE DISCUSSÃO

Partem, os autores que tentam explicar a natureza jurídica do casamento, da ideia de contrato, seja para afirmá-la, seja para negá-la. Mister se faz então, antes de se falar das teses matrimoniais, seja feita uma breve reflexão sobre a própria definição de contrato.

A ideia de pacto é tão antiga quanto a de sociedade. A propósito,

inegável o quão é amplamente aceita a visão de Rousseau (ROUSSEAU, 1762) e Hobbes (HOBBS, 1651) para explicar a própria essência da sociedade nos termos em que o Direito a conhece. Um instituto tão antigo, por certo, toma feições distintas ao longo do tempo, ou, pelo menos, sofre adaptações a fim de atender as mudanças sociais. Nesse contexto, é possível explicar o contrato considerado conceitos com alcances mais e menos abrangentes.

Um conceito em uma concepção mais ampla aponta como núcleo suficiente do contrato o acordo de vontades para produzir efeitos jurídicos diversos, de modo que, sempre que existir um consenso de vontades entre duas ou mais partes, estar-se-á diante de um contrato.

Roberto de Ruggiero (RUGGIERO, 1999, p. 299) defende que “para que se crie um vínculo contratual entre duas ou mais pessoas basta que a vontades se tenham encontrado, basta que haja consenso, desde que seja justificado a existência de um fim lícito e protegido”. É nessa corrente que é desfrutada uma noção mais ampla de contrato, bem como é identificado o elemento da declaração de vontades que visa à produção de efeitos jurídicos. Nessa mesma linha de raciocínio, Clóvis Bevilacqua (BEVILAQUA, 1940, p. 16) defende a tese afirmando que contrato é “o acordo de vontades para o fim de adquirir, resguardar, modificar e extinguir direitos”.

Um conceito não tão amplo restringe a área de abrangência dos contratos à seara econômica. Maria Helena Diniz (DINIZ, 2014, p. 31) define contrato como “o acordo entre duas ou mais vontades, na conformidade da ordem jurídica, destinado a estabelecer uma regulamentação de interesses entre as partes, com o escopo de adquirir, modificar ou extinguir relações jurídicas de natureza patrimonial”.

É de notar-se a importância do elemento economicidade. Bem verdade que a principal função dos contratos é fazer circular mercadorias e serviços, mas sem olvidar a principal função do Direito: a justiça. Na seara contratual, a justiça deve garantir, então, um equilíbrio entre as partes, tanto na autonomia de suas vontades quanto na

própria economia posta em questão. Eis a função social do contrato.

Entre as duas correntes, uma que vê a patrimonialidade como essência do contrato e a outra que entende ser suficiente o elemento volitivo, talvez outros seguimentos possam surgir a fim de confeccionar uma noção de contrato. Contudo, para a discussão objeto do presente trabalho, o entendimento sobre estas duas é suficiente, já que, o que a doutrina discute é se o casamento tem ou não uma feição patrimonial que lhe garanta ou negue a natureza contratual.

4 AS TEORIAS EXPLICATIVAS DA NATUREZA JURÍDICA DO CASAMENTO

A fim de localizar o casamento dentro de uma classe jurídica já posta, seja a das convenções seja a das instituições não contratuais, os autores civilistas atentam-se para dois pontos: o acordo de vontade dos nubentes e o cunho patrimonial dos contratos.

Desse modo, há quem defenda tratar-se, o matrimônio, de um pacto, destacando-se o evidente acordo realizado; de outro lado, negam-se a ver no matrimônio aquilo que, para alguns, é a essência do contrato: o interesse econômico.

A teoria Contratualista, acolhida pelo código Napoleão, e que floresceu no século XIX, defende que o casamento seja um contrato *inter pars* possuindo validade e eficácia que decorrem exclusivamente da vontade dos nubentes, enquanto ele existir. Ademais, a vontade em si de cada um dos nubentes, demonstrada através de seus consentimentos recíprocos para as cláusulas matrimoniais, seria elemento essencial e irredutível do matrimônio.

Essa teoria, embasada nos princípios iluministas de autonomia da vontade individual, se contrapõe ao casamento no Direito Canônico que, segundo Sílvio de Salvo Venosa (VENOSA, 2005, p. 41), era “um sacramento e também um contrato natural, decorrente da natureza humana. Os direitos e deveres que dele derivam estão fixados na

natureza e não podem ser alterados nem pelas partes nem pela autoridade, sendo perpétuo e indissolúvel”.

A teoria negocial ainda é defendida por vários autores, a exemplo de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (FARIAS; ROVENVALD, 2016, p. 180), que veem o divórcio como uma ratificação da tese:

com o advento da Lei nº 11.441/07, que permitiu a dissolução consensual do casamento em cartório, através de mero procedimento administrativo, fundado na vontade das partes, supera-se a histórica discussão doutrinária no seio do Direito das Famílias, notadamente quanto à natureza jurídica do casamento. Nesse quadrante a nova sistemática da dissolução, por mútuo consenso, do casamento vem a confirmar o vaticínio da corrente contratualista: de acordo com as concepções filosóficas, legais e sociológicas hoje predominantes, não pode haver mais qualquer dúvida acerca da natureza do casamento, que, de uma vez por todas, se confirma como *negocial*.

A segunda corrente revela-se uma contraposição à teoria contratual, defendendo a impossibilidade do casamento ser um contrato por não ser compatível com o interesse patrimonial. Para os defensores da teoria institucionalista o casamento mais se classifica como uma instituição social, no sentido que reflete uma situação jurídica cujos parâmetros se acham preestabelecidos pelo ordenamento, não sendo, portanto, um mero acordo de vontade. Essa tese possui como uma das principais defensoras Maria Helena Diniz (DINIZ, 2014), para quem o conúbio reflete uma situação jurídica cujos parâmetros se acham preestabelecidos pelo legislador, e que os nubentes têm, por conta disso, apenas a faculdade de aderí-lo.

A principal crítica à tese institucionalista decorre de sua desconsideração das várias normas não cogentes preestabelecidas no código civil de 2002 sobre o casamento – que aumentam, desse modo, o poder de escolha dos nubentes sobre vários assuntos do instituto sem torná-lo inválido ou até mesmo nulo.

Para os críticos, o casamento, no ordenamento brasileiro, é regulado predominantemente, por normas dispositivas, a exemplo daquelas que regulam o regime de bens, principalmente no caput do art. 1.639, do código privado, que informa que é lícito aos nubentes, antes de celebrado o casamento, estipular, quanto aos seus bens, o que lhes aprouver.

Em resposta as duas teses, uma terceira teoria, conhecida como eclética - ou mista -, defende que o matrimônio é uma instituição no conteúdo, mas quanto à formação é um contrato *sui generis*. Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenthal (FARIAS; ROSENTHAL, 2016, p. 179) ainda informam que esta teoria promove “uma conciliação entre as teorias antecedentes, passando a considerar o casamento um ato complexo, impregnado, a um só tempo, por características contratuais e institucionais”.

Para Wanderlei Barreto e Luciane Onça (BARRETO; ONÇA, 2010, p. 160) o casamento não pode ser visto como um contrato. Entendem que embora haja no casamento um acordo de vontades, o contrato, por sua vez, é instituto situado no direito obrigacional, regido por preceitos próprios, como a cláusula resolutória tácita, a condição do contrato não cumprido, a proposta e a aceitação etc. Assim, não seria admissível a aplicação de referidos preceitos na separação consensual, na reconciliação, no reconhecimento de filhos, na partilha. Concluem os autores que, todavia, a estipulação sobre o regime de bens, sim, perfaz um contrato, o que releva o caráter misto da ideia por eles defendida.

Um dos bastante convincentes argumentos que sustentam esta tese está relacionado ao fato de o casamento ser regido por normas cogentes e não cogentes – o que lhe confere formalismo, mas sem dirimir a vontade das partes. Washington de Barros Monteiro (MONTEIRO, 2003, p. 16), explanando sobre tal utilização das normas no direito matrimonial, defende que

a rigorosa disciplina legal que rege o casamento impõe restrições e normas imperativas ou cogentes nos aspectos recomendados pelo interesse geral, sendo que outros há certa autonomia da vontade, facultando-se às partes regular seus interesses com liberdade, como ocorre com a escolha do regime de bens, que somente em casos específicos e determinados pela idade e por condições especiais dos contraentes não pode ser livremente eleito.

Ademais, uma importante norma que advoga em favor do caráter misto é a liberdade quanto ao direito patrimonial no casamento: está presente nesta seara os regimes de bens do casamento, que pode ser de livre escolha, ou não, quando o regime for imposto por lei, por conta da inobservância das causas suspensivas, previstas no art. 1.523 do Código Civil, por exemplo (demonstrando o caráter institucional).

As três teorias não convencem porque giram em torno do fator patrimonial ou da imperatividade das normas e acabam, assim, desconsiderando o principal elemento que deve balizar o casamento: ele é um instrumento a favor da dignidade do homem.

5 O CASAMENTO COMO INSTRUMENTO DA DIGNIDADE HUMANA

O casamento já foi visto como uma finalidade a ser alcançada pelo homem. Já houve uma época em que a sociedade impôs o casamento como única instituição na qual se reconhecia a família e, sendo esta o núcleo gerador social, o a matrimônio tomava feição de objetivo máximo a ser alcançado em prol da garantia e continuidade da própria sociedade. O casamento não era um instrumento para a felicidade, mas as pessoas o eram para o casamento. É o princípio da dignidade da pessoa humana que inverte essa lógica.

O direito à felicidade, ou a busca pela felicidade, revelou o casamento como um meio a favor da dignidade das pessoas, de modo que, atualmente, o matrimônio é um espaço de realização pessoal dos cônjuges. Nesse sentido, Isabel Gomes e Maria Paiva (GOMES;

PAIVA, 2003, p.9) apontam uma noção de casamento pós-moderno como um “veículo para o desenvolvimento individual”, destacando-se a possível criação de um “espaço potencial entre os cônjuges, onde as potências de cada um possam ser exercitadas, experimentadas e integradas na vida a dois”.

Não obstante se possa perceber nas teorias tradicionais ricas discussões cujo mérito é inegável, atualmente é necessária uma contemplação para além da simples vontade ou da economicidade das instituições. É preciso enxergar o casamento na ótica da felicidade e da dignidade das partes, pois este é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que leva consigo a pretensão ao respeito por parte dos demais.

A realização dos anseios e planos pessoais de cada cônjuge e a atenção ao bem-estar dos filhos dita o atual paradigma do matrimônio. Nesse sentido, vale transcrever o trecho de autoria de Isabel Gomes e Maria Paiva (GOMES; PAIVA, 2003, p.5):

Como então poderíamos situar o casamento nesse paradigma da pós-modernidade? Inicialmente ele deverá ter uma dimensão distanciada do modelo institucional do passado, ou seja, casamento hoje deve estar ligado a uma noção de mutatividade, transformação, flexibilidade em relação ao novo e diferente, constituindo um espaço de desenvolvimento interpessoal e criatividade.

Hodiernamente é possível perceber nos diversos institutos do direito de família interpretações que amparam a dignidade da pessoa humana e deixam ultrapassada a discussão sobre a natureza contratual do matrimônio. São exemplos: o enlace matrimonial independentemente da identificação ou orientação sexual; a possibilidade de por fim ao casamento quando este não atende mais os objetivos pessoais dos cônjuges; o poder familiar visto como um direito dos filhos; dentre outros.

6 CONCLUSÃO

As teorias que tentam compatibilizar as ideias de contrato e instituição são as mais adequadas atualmente: erram por insistirem em localizar o matrimônio fora ou dentro da classe dos contratos, mas acertam por perceberem que é necessária uma visão que ultrapasse o viés econômico, sem olvidar que há consequências patrimoniais no casamento - o que não faz dele um contrato.

Se por um lado matrimônio tem feição de contrato no ato de sua realização, já que deve haver o consentimento entre os nubentes para a sua formação, por outro, não se pode atribuir-lhe a índole patrimonial característica das relações obrigacionais; tampouco é inegável a regulação do matrimônio tanto por normas formais cogentes quanto por supletivas ou dispositivas.

Tratar o casamento como uma simples instituição social, como querem os defensores da tese que restringe demasiadamente a vontades das partes, estar-se-á seguindo na contramão ao cânone da dignidade da pessoa - pois nesta visão, os nubentes como verdadeiros fins deste ato cível, são tratados como simples objetos.

O que se propõe é que nenhuma das teorias propostas pela doutrina seja tomada como suficiente para explicar o casamento. Isso porque, apegam-se às formalidades do instituto desconsiderando o mais importante - sua essência: um instrumento a favor da felicidade das pessoas. O casamento pode ser visto como um contrato ou como uma instituição, o que importa ao final não é se há ou não acordo de vontades, se há finalidade patrimonial ou mesmo se há regras pré-estabelecidas, o que verdadeiramente importa é que o casamento deve ser compreendido como um meio para as pessoas serem felizes, uma base de formação da família, um meio de garantir a dignidade do ser humano.

NATURE OF MATRIMONY IN THE LIGHT OF THE DIGNITY OF THE HUMAN PERSON

ABSTRACT

This present work aims to contribute to the discussion about marriage, analyzing the miscellaneous legal theories about their legal nature and the validity of these theories according to the principle of dignity of the human person. The discussion of theories that attempt to explain marriage on the basis of autonomy of will and a requirement of norms such as those applicable to marriage. From the analysis, the incompatibility of the classes was evidenced by the assumption of an instrumentalization of the spouses, the meaning of a journey and, therefore, of the configuration of a true human age.

Keywords: *Family right. Marriage. Legal nature. Principle of the dignity of the human person.*

REFERÊNCIAS

BARRETO, Wanderlei de Paula; ONÇA, Luciane da Silva. Autonomia da vontade privada e extinção dos contratos. **Anima Revista Eletrônica**, v III, p.159-193, 2010.

BEVILAQUA, Clóvis. **Direito de Família**. 5. ed. Rio de Janeiro: Livraria e Editora Freitas Bastos, 1940.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 1999.

DIDIER JR. Fredie. **Sobre a Teoria Geral do Processo**. 4. ed. Salvador: Jus Podivm, 2013.

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de Introdução à Ciência do Direito**. 23. ed. São Paulo: SaraivaJus, 2014.

_____. **Curso de Direito Civil Brasileiro, volume 5: direito de família**. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: famílias**. 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

GOMES, Isabel Cristina; PAIVA, Maria Lucia de Souza Campos. CASAMENTO E FAMÍLIA NO SÉCULO XXI: POSSIBILIDADE DE HOLDING?. **Revista Psicologia em Estudo**, Maringá, v. 8, p. 3-9, 2003.

HOBBS, Thomas Hobbes of Malmesbury. **Leviathan, or the Matter, Forme, & Power of a Common-wealth Ecclesiasticall and Civill**. London: 1651.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Tradução: Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 1986.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil - Direito de família**. 39. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 2.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Du contrat social ou Principes do droit politique**. Edité par la bibliothèqe numérique romande, 1762.

RUGGIERO, Roberto de. **Instituições de Direito Civil**. Trad. da 6 ed. Italiana. Campinas: Bookseller Editora e Distribuidora, 1999.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil - direito de família**, vol. 6. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005.