

# A NATUREZA JURÍDICA DO CASAMENTO NO DIREITO BRASILEIRO

Odete Novais Carneiro Queiroz\*

Milton Flávio de A. C. Lautenschläger\*\*

Resumo: O presente artigo visa a desvendar, com os olhos do presente, a multissecular celeuma que envolve a natureza jurídica do casamento no direito brasileiro.

Palavras-Chave: direito civil; direito de família; casamento; natureza jurídica.

Sumário: 1. Introdução. 2. Escorço histórico. 3. A controvérsia no Brasil. 4. A natureza jurídica do casamento no direito brasileiro. 5. Conclusões. 6. Bibliografia.

## 1. INTRODUÇÃO



*natureza jurídica* de um determinado fenômeno social é o resultado de um processo de conhecimento científico que se inicia com a identificação dos elementos fundamentais do objeto estudado, para o fim de, mediante análise lógico-comparativa, bem posicioná-lo junto aos demais fenômenos jurídicos a ele correlatos (classificação).

Não obstante se apresente como resultado de um processo teórico, há grande importância prática na identificação da natureza jurídica de um fenômeno social. Afinal, o Direito

---

\* Mestre e Doutora em Direito pela PUC/SP. Professora de Direito Civil na graduação e pós-graduação *stricto sensu* da PUC/SP. Advogada.

\*\* Mestre e Doutor em Direito pela PUC/SP. Advogado.

confere a alguns destes fenômenos existência, validade e eficácia jurídicas, capazes de interferir diretamente na vida em sociedade. E a existência, a validade e a eficácia de um fenômeno jurídico variam de acordo com a natureza jurídica deste, segundo critérios estabelecidos em lei. Conhecer a natureza jurídica de um determinado fenômeno jurídico, pois, pode influir diretamente na correta aplicação do próprio Direito.

É com base nestas premissas<sup>1</sup> que o presente texto visa a desvendar, com os olhos do presente, a multissecular celeuma que envolve a natureza jurídica do casamento no direito brasileiro.

Para tanto, inicia-se com um brevíssimo histórico da controvérsia, especialmente no âmbito do direito romano.

O artigo segue descrevendo a problemática no direito brasileiro, a partir da reprodução de opiniões doutrinárias que bem representam as três diferentes visões sobre o tema: os institucionalistas, os contratualistas e os ecléticos.

A parte final do estudo é destinada a refutar alguns dos argumentos que embasam as mencionadas teorias e a fundamentar a posição dos Autores deste artigo sobre a natureza jurídica do casamento no direito brasileiro contemporâneo.

Encerra-se com pontuais conclusões.

## 2. ESCORÇO HISTÓRICO

No Direito Romano, a controvérsia acerca da natureza jurídica do casamento remonta à Idade Média.

---

<sup>1</sup> É também com base nestas premissas que se refuta o entendimento de Maria Berenice Dias, no sentido de que a discussão acerca da natureza jurídica do casamento, “ainda que tradicional, se revela estéril e inútil” (A propósito, ler: *DIAS*, Maria Berenice, *Manual de Direito das Famílias*, Revista dos Tribunais: São Paulo, 12<sup>a</sup>. ed. 2017, p.164 e 165). Para ficar apenas em um exemplo prático da conveniência e importância deste estudo: sem saber qual a real natureza jurídica do casamento, como se posicionar sobre a possibilidade ou não de aplicação do sistema jurídico geral de nulidades do negócio jurídico em matéria de casamento ou a sua restrição, no que tange à invalidade, ao sistema especial de nulidades do casamento?

Os glosadores, em princípio, caracterizaram-no como *contractus personarum* (contrato sem conteúdo patrimonial) e, mais tarde, provavelmente por influência dos canonistas, passaram a tê-lo como um *actus legitimi*, à semelhança do que ocorria com o instituto da adoção. Os pós-glosadores e a Escola dos Cultos, por sua vez, mantiveram-se fiéis à tese do *contractus personarum*. Nos séculos XVII e XVIII, o entendimento dominante, no Direito Romano, caracterizaram-no como um contrato: um contrato de sociedade.<sup>2</sup>

A teoria contratualista sempre encontrou opositores, embora, até o final do século XIX, sem que lhe fosse ofertada outra tese à substituição.

Em 1889, Manenti, no livro *Della inoppobilità dele condizioni ai negozi giuridici ed in ispecie dele condizioni aposte al matrimonio*<sup>3</sup>, ao tratar do casamento no direito justinianeu, afirmou que, para a conclusão do matrimônio nesse período, não se exigia qualquer solenidade, nem a conjunção carnal, sendo suficiente apenas o *consensus*, cuja natureza assim descreveu:

“... esse *consensus*, que *facit nuptias*, não é de considerar-se no sentido ordinário da palavra consentimento, acordo momentâneo de duas vontades que produz um vínculo obrigatório perene, que se conserva tal ainda que aquelas vontades se tornem depois discordantes, como nos contratos em geral, os quais têm por precípua escopo o de assegurar o intercâmbio dos serviços humanos contra a mutabilidade do querer humano. De feito, o requerido pelas *nuptiae* é um consentimento consistente num acordo de vontades não-instantâneo, mas continuado, com efeito limitado no tempo à sua própria duração. E sem dúvida por essa sua continuidade principalmente que ele concretamente assume natureza e denominação de *affectus*, *affectio*

---

<sup>2</sup> ORESTANO, *La Struttura Giuridica del Matrimonio Romano dal Diritto Classico al Diritto Giustiniano*, vol. I, p. 22 e ss. *apud* MOREIRA ALVES, José Carlos, *A natureza jurídica do casamento romano no direito clássico*, Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 90, 3-47. Recuperado de <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67287>, p. 3 e 4.

<sup>3</sup> Tipografia all' Insegna deli' Ancora, Siena, 1889, *apud* MOREIRA ALVES, José Carlos, *A natureza jurídica do casamento romano no direito clássico*, cit., p 4.

(*maritalis uxoris*). Ora, essa  *affectio*, essa vontade que dava existência e mantinha o matrimônio, encontra sua expressão no fato mesmo da comunhão de vida, por meio da qual ela dava contínua prova de sua permanência"<sup>4</sup>

Segundo a teoria de Manenti, portanto, dois seriam os requisitos do casamento romano: a *convivência* e a *intenção marital* (*affectio maritalis*). A convivência, a vida comum, seria o elemento objetivo; a *affectio maritalis*, o requisito subjetivo. No matrimônio, o consentimento - ao contrário do que ocorre nos contratos - não seria inicial, mas duradouro, contínuo. Concorrendo ambos os requisitos, surge o matrimônio; na falta de um deles, dissolve-se. Por isso, em Roma, o casamento seria simples relação jurídica de mero fato<sup>5</sup>.

Também esta teoria mereceu críticas, não só na Itália<sup>6</sup>, como em solo nacional. Já em 1959, em sua tese de concurso para a obtenção da livre-docência de Direito Romano na então Faculdade Nacional de Direito da Universidade do Brasil, Moreira Alves acentuou que "o matrimônio, no Direito Romano, foi sempre um ato jurídico, surgindo, assim, do consentimento inicial que gera um *vinculum iuris*, e prescindindo da vontade contínua que dá vida a um estado de fato"<sup>7</sup>.

Posteriormente, na primeira edição, em 1966, do seu segundo volume do Direito Romano, Moreira Alves deu, em nota, maior precisão ao seu pensamento:

"A diferença que existe entre o casamento moderno e o romano é esta:

- no direito moderno, em geral, o casamento surge através de ato consensual rigidamente solene, celebrado diante de

---

<sup>4</sup> Ob. cit., § 15, p. 42-3, *apud MOREIRA ALVES*, José Carlos, *A natureza jurídica do casamento romano no direito clássico*, cit., p 5.

<sup>5</sup> V. *MOREIRA ALVES*, José Carlos, *A natureza jurídica do casamento romano no direito clássico*, cit., p 7.

<sup>6</sup> A propósito, ler Piero RASI, *Consensus Facit nuptias*, Dott. Giuffrè Editore, Milano, 1946, e *La Conclusione dei Matrimônio nella Dottrina Prima dei Concillio di Trent*, Cas Editrice Dott. Eugênio Jovene, Napoli, 1958.

<sup>7</sup> *Os efeitos da boa-fé no casamento nulo, segundo o Direito Romano*, Rio de Janeiro, 1959, p.8.

autoridade competente; e só se dissolve, por via de regra, pela morte, ou nos países que o admitem - pelo divórcio (e, aí, desde que se verifique um dos motivos previstos taxativamente em lei); em vista disso, a "relação jurídica matrimônio" uma vez surgida, não pode dissolver-se, sem mais, pela simples vontade de um dos cônjuges - daí, falar-se, apropriadamente, em vínculo conjugal;

- no Direito Romano, não: para que surgisse o casamento, bastava a vontade inicial ("consensus") dos nubentes, sem quaisquer formalidades (apenas a partir do direito pós-clássico é que, em algumas hipóteses - vide o n. 291 -, se exige certo formalismo), e o matrimônio perdurava até que um dos cônjuges desejasse rompê-lo, pois - como veremos adiante (no n. 295), em Roma, sempre se admitiu divórcio por vontade unilateral (mesmo no direito justinianeu, se um dos cônjuges repudiasse o outro sem motivo, ele poderia sofrer sanções, mas o casamento se dissolvia), a qualquer tempo, sem formalismo, e independente da existência de motivos fixados, previamente, em lei - daí, a expressão "affectio maritalis" para significar, não que fosse necessário que os cônjuges tivessem a intenção contínua (idêntica à vontade inicial) de serem marido e mulher, mas que o casamento perdurava enquanto eles (ou um deles) não praticassem ato contrário ao que dera início ao matrimônio: o divórcio"<sup>8</sup>.

Moreira Alves, portanto, afasta os elementos objetivo (convivência, vida em comum) e subjetivo (*affectio maritalis* - vontade contínua), e só considera como requisito para a existência do casamento romano o consentimento inicial dos nubentes que tenham entre si *conubium*.

Com a queda do Império Romano e a ascensão da Igreja - única instituição de caráter universal em uma civilização fragmentada -, o Direito Canônico ganhou especial relevância, influenciando, à sua maneira, a regulação e a valoração dos fenômenos sociais. Se no Direito Romano o *consensus* era a essência do casamento, sem que nenhuma solenidade fosse exigida para o seu aperfeiçoamento, o Direito Canônico medieval só

---

<sup>8</sup> MOREIRA ALVES, José Carlos, *A natureza jurídica do casamento romano no direito clássico*, cit., p 11 e 12.

reconhecia a existência do casamento mediante a conjunção carnal.

Com o passar dos anos, entretanto, o próprio Direito Canônico passa a reconhecer a natureza contratual do casamento (Cânon 1.012: "Christus Dominus ad sacramenti dignitatem evenit ipsum contractum matrimonialem inter baptizatos"), reposicionando a conjunção carnal, não mais como elemento constitutivo do casamento, mas como uma das cláusulas do pacto matrimonial, cujo inadimplemento poderia ensejar a sua extinção.

A concepção contratualista acabou adotada pelo racionalismo jusnaturalista do século XVIII, penetrando no Código Francês em 1804 (que o disciplina como um negócio jurídico contratual), na Escola Exegética do século XIX, e sobrevive na doutrina civilista do século XX, com certa vantagem sobre as demais concepções<sup>9</sup>.

### 3. A CONTROVÉRSIA NO BRASIL

No Brasil, a controvérsia acerca da natureza jurídica do casamento contrapõe três diferentes visões, assim sintetizadas por Carlos Dias Motta:

“Grosso modo, o casamento para alguns tem natureza contratual, ao passo que para outros é instituição. Os primeiros enfatizam o aspecto do encontro de vontades dos cônjuges (negócio jurídico bilateral), enquanto os últimos conferem destaque às regras que são aplicadas ao casamento, em grande parte de ordem pública, não derogáveis pela vontade dos consortes. Há ainda uma teoria mista ou eclética.”<sup>10</sup>

Aqueles que enxergam o casamento como uma *instituição social*, caracterizam-no como uma *situação jurídica*, recheada de regras imperativas preestabelecidas pelo legislador, com vistas a dar à família uma organização social moral

<sup>9</sup> SILVA PEREIRA, Caio Mário da, *Instituições de Direito Civil*, Vol V, 26ª ed., Forense: Rio de Janeiro, 2018, p. 89 e ss.

<sup>10</sup> MOTTA, Carlos Dias. *Direito Matrimonial e seus princípios jurídicos*. Ed. Revista dos Tribunais. 2ª.ed.2009, p.264

correspondente às aspirações atuais e à natureza permanente do homem<sup>11</sup>.

A. Cicu afirma que o casamento é uma *relação orgânica*, ao mesmo tempo *jurídica e ética*. No matrimônio, afirma o autor italiano, a vontade dos noivos não encontra a mesma liberdade daquela encontrada no direito privado:

*“Nel matrimonio invece la legge non riconosce all’individuo uguale libertà. Qualunque sia in fine che gli sposi espressamente attribuiscono al matrimonio, esso non viene preso in considerazione dalla legge. E questo perchè nel matrimonio ci trovino di fronte a fini e interessi che non possono essere considerati come individuali, ma d’indole superior. Superiori perchè necessari”*<sup>12, 13</sup>

Maria Helena Diniz é, seguramente, um dos maiores expoentes brasileiros da corrente institucionalista, ao ver, no matrimônio, um *estado* em que os nubentes ingressam. Ensina que o matrimônio se opõe ao contrato e que “considerá-lo contrato é equipará-lo a uma venda ou a uma sociedade, colocando em plano secundário seus nobres fins”. Deveras, prossegue Maria Helena Diniz, “difere o casamento, profundamente, do contrato em sua constituição, modo de ser, alcance de seus efeitos e duração”.<sup>14</sup>

Para grande parte da doutrina nacional, no entanto, o casamento é um *contrato*, tendo em vista a indispensável declaração convergente de vontades livremente manifestadas e

---

<sup>11</sup> *Instituições de Direito Civil*, Vol V, 26<sup>a</sup>.ed, Forense: Rio de Janeiro, 2018, p.89 e ss.

<sup>12</sup> Em tradução livre: “No casamento, no entanto, a lei não dá ao indivíduo igual liberdade. O que quer que ao final se saiba tenha sido pelos noivos expressamente atribuído ao matrimônio, isto a lei não leva em conta. E isso porque no casamento nos deparamos com interesses que não podem ser considerados como individuais, mas de uma índole superior. Superior porque necessária”.

<sup>13</sup> *CICU, A. Appunti di Diritto Civile* apud *CHINELATO*, Silmara Juny de Abreu, *Direito Patrimonial de família: do regime de bens entre cônjuges*. In *Princípios do novo Código Civil brasileiro e outros temas*, Quartier Latin do Brasil: São Paulo, 2008, p. 627.

<sup>14</sup> *DINIZ*, Maria Helena, *Curso de Direito Civil Brasileiro*, Vol. 5, 31<sup>a</sup>. Ed., 2017, Saraiva: São Paulo, p. 57.

tendentes à obtenção de finalidades jurídicas.

Nessa linha, Álvaro Villaça Azevedo afirma que o casamento é “(...) um contrato solene, regulado por normas de ordem pública, no âmbito do Direito de Família, pelo qual um homem e uma mulher, criando, com ele, sua sociedade conjugal, submetem-se a um complexo de direitos e deveres, entre si e entre eles e seus filhos, de ordem pessoal e patrimonial”.<sup>15</sup>

Segundo Orlando Gomes, “a necessidade de adesão ao estatuto legal não elimina a base voluntarista do casamento”. Na sua opinião, “o que imprime a um ato natureza contratual não é a livre determinação de seu conteúdo pelas partes, mas sua formação por acordo livre e espontâneo de vontades”.<sup>16</sup>

Silmara Juny de Abreu Chinelato aduz que o Direito de Família é informado por normas de ordem pública, por ser um direito protetivo, como tantos outros que tutelam a parte mais fraca, entre os quais o direito do consumidor e o direito do autor. No entanto, prossegue, a existência de normas de ordem pública a regular o matrimônio não constitui argumento suficiente para afastar a natureza contratual do casamento, uma vez que há vários contratos de Direito Civil que também o são, tal como o de locação, de seguro, de direito autoral e de Direito do consumidor. Entende, por isso, ser o casamento um contrato de direito de família, contrato diferenciado ou *sui generis*, informado por normas de ordem pública, próprias desse ramo do Direito Civil.<sup>17</sup>

No mesmo sentido são as lições de Caio Mário da Silva Pereira:

(...) A natureza contratual do casamento não é contrariada pela exigência legal de forma especial e solene da manifestação volitiva, que obedece à padronização prefixada e ao ritual específico da celebração. Não é igualmente negada pela participação

---

<sup>15</sup> *Apud* CHINELATO, Silmara Juny de Abre., Ob. cit., p.627.

<sup>16</sup> GOMES, Orlando, *Direito de Família*, 10<sup>a</sup>.ed., Forense: Rio de Janeiro, 1998, p.56 e ss..

<sup>17</sup> CHINELATO, ob.cit., p.628.



direta do Estado no ato constitutivo, pois que o princípio da ordem pública também costuma estar presente em numerosos outros contratos de direito comum. Não é contraditada ainda pelo fato de não se admitir acordo liberatório que, no campo contratual, via de regra, concede às mesmas vontades geradoras da avença o poder de resolvê-la (distrato).<sup>18</sup>

Acerca do mencionado “acordo liberatório”, aliás, a Lei 11.441/07 autorizou a dissolução consensual do casamento em Cartório, através de mero procedimento administrativo, fundado na vontade das partes.

Há, ainda, uma terceira orientação conhecida como *teoria mista* ou *eclética*, defendida por alguns juristas brasileiros, dentre eles Flávio Tartuce e José Fernando Simão, que consideram o casamento um negócio jurídico bilateral *sui generis*, especial: contrato, na formação; instituição, no conteúdo.

#### 4. A NATUREZA JURÍDICA DO CASAMENTO NO DIREITO BRASILEIRO

*Se instituições sociais são estruturas ou mecanismos de ordem social, que regulam o comportamento de um conjunto de indivíduos dentro de uma determinada comunidade*<sup>19</sup>, não há dúvida que o casamento nesta definição se inclui. Com efeito, cuida-se de uma *instituição social clássica*, cujos elevados propósitos e eficácia são reconhecidos e protegidos pela absoluta maioria das sociedades globais, das mais variadas matizes étnicas, religiosas e culturais.

Por outro lado, não há como negar tratarem-se, os contratos, de um outro clássico exemplo de instituição social, cujos

---

<sup>18</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil. Vol V. 26ª.ed. Foyense: Rio de Janeiro. 2018. P.89 e ss.

<sup>19</sup> “Social Institutions are a complex of positions, roles, norms and values lodged in particular types of social structures and organising relatively stable patterns of human activity with respect to fundamental problems in producing life-sustaining resources, in reproducing individuals, and in sustaining viable societal structures within a given environment.”. TURNER, Jonathan, *The Institutional Order*, New York: Longman, 1997, p. 6.

propósitos e eficácia, da mesma forma, são reconhecidos e protegidos globalmente. É por intermédio dos contratos que se regula boa parte das relações jurídicas cotidianas estabelecidas entre as pessoas naturais e jurídicas, conferindo-lhes a *ordem*, a *segurança* e a *exequibilidade* necessárias.

Desta identidade se infere uma primeira conclusão: sejam adeptos da corrente institucionalista, sejam sectários da corrente contratualista ou defensores da corrente mista, a verdade é que não se pode deixar de reconhecer que o casamento pertence ao gênero instituição social.

Há, portanto, uma impropriedade técnica na discussão levada a efeito, até aqui, pela doutrina nacional. Ao se contraporem, institucionalistas e contratualistas se encontram, na realidade, em patamares de classificação científica distintos. Os primeiros em patamar “superior” - mais genérico - que os segundos.

A verdadeira controvérsia parece estar no patamar “inferior”; mais especificamente, no âmbito dos *negócios jurídicos*. E lá estando, resta a pergunta: seria a instituição social casamento um contrato?

Os contratos são a expressão maior, embora não única<sup>20</sup>, dos chamados *negócios jurídicos bilaterais*, ou *plurilaterais*.<sup>21</sup>

---

<sup>20</sup> Orlando GOMES traz lição de DUGUIT, para quem nem todo ato jurídico bilateral é contrato, somente tendo este caráter os que criam situações individuais novas (*Introdução ao direito civil*, cit., p. 349).

<sup>21</sup> Há muita divergência doutrinária acerca do enquadramento ou não dos negócios jurídicos plurilaterais, os chamados acordos, como contratos. SANTORO-PASSARELLI é dos que não encontram cabimento para tal diversificação. O civilista italiano, embora admita que a doutrina separa, conceitualmente, contrato e acordo, entendido o primeiro como o negócio que resolve um conflito de interesses e o segundo como o negócio que satisfaz interesses distintos, mas concorrentes, inclina-se para o posicionamento igualitário, que engloba as duas figuras como espécies de natureza contratual. Não é esse, entretanto, o entendimento de BETTI. Para ele, somente haverá contrato em um negócio de natureza bilateral ou plurilateral em que haja interesses opostos ou divergentes. Pelo contrário, o negócio (sobretudo o plurilateral, mas também o bilateral) com interesses paralelos ou convergentes para um escopo comum costuma qualificar-se como acordo, no sentido mais restrito que, doutrinariamente, se convencionou dar a este termo. E assinala, como exemplo de acordos no campo privado, os

Exatamente por ser um negócio bilateral, ou plurilateral, o contrato exige, para a sua formação, a emissão de duas ou mais declarações de vontade, com conteúdos diversos e, por vezes até, opostos, mas que se ajustam uma à outra para a produção de um resultado jurídico unitário.<sup>22</sup>

Para a sua perfeição, o contrato requer, em primeiro lugar, a existência de ao menos *duas declarações, individualmente consideradas como válidas*. Por outro lado, deve haver uma *coincidência de fundo* entre as declarações, qual seja, a constituição e disciplina de uma *relação jurídica de natureza patrimonial*, na conformidade com a ordem legal, e com o fim de adquirir, resguardar, transferir, modificar ou extinguir direitos. A esta *coincidência* das declarações nos pontos essenciais e decisivos para a formação do contrato dá-se o nome de *consenso*.

Ora, ao se casarem, os cônjuges declaram, individualmente, o desejo mútuo de contrair matrimônio, de modo a que, dentre outros objetivos, a relação jurídica ali estabelecida, em seus aspectos patrimoniais e extrapatrimoniais, seja constituída e disciplinada nos termos da lei, com o fim de adquirir, resguardar, transferir, modificar ou extinguir uma série de direitos. Nesse sentido, pois, em nada se distingue, o casamento, de qualquer outra espécie contratual.

Por outro lado, se o forte *conteúdo ético e moral* do casamento, assim como as ditas peculiaridades em sua constituição, modo de ser, efeitos e duração serviram de justificativa relevante para quem advogava o seu afastamento do universo contratual, a verdade é que, ao longo do tempo, tais argumentos *perderam substância*, ante às incontestáveis transformações que a sociedade brasileira experimentou e vem experimentando, a propósito, nos dias atuais.

De há muito o casamento vem passando por uma

---

negócios de associação, fusão de sociedades, os negócios de direito familiar etc. (V. ABREU FILHO, José, *O negócio jurídico e sua teoria geral*, 4ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 1997, p. 75-76).

<sup>22</sup> ABREU FILHO, José Abreu, *O negócio jurídico e sua teoria geral*, cit., p. 71.

verdadeira *ressignificação* no Brasil. Embora preservando sensível conteúdo ético e moral, é inquestionável que a sua existência, manutenção ou término não mais impactam moralmente a vida dos consortes e, em especial, das mulheres, com a intensidade que antes impactavam. Basta pensar no preconceito experimentado pelas “mulheres separadas” ou pelas “mães solteiras” algumas décadas atrás... Os chamados “filhos de pais separados”, que também eram vítimas de certa cisma social, hoje circulam quase que invisíveis, protegidos pela aura que lhes confere uma condição pessoal corriqueira.

Se o chamado “estado de casado” não desapareceu, o fato é que, hoje, os efeitos sociais dele decorrentes não diferem muito (para não dizer em nada) daqueles alcançados por quem, simplesmente, declara a sua convivência marital, por intermédio de um “contrato de convivência”.<sup>23</sup>

Sobre a excepcional formalidade exigida à constituição do casamento, o advento da união estável e o reconhecimento recente da união homoafetiva, pelo Supremo Tribunal Federal, sinalizaram uma posição clara, do Estado nacional, em direção à *relativização das formas de constituição da entidade familiar*, objetivo maior do próprio matrimônio.

Relativização ocorreu, também, no âmbito da duração e modo de ser do casamento. Diferentemente do que ocorria em um passado relativamente recente, o casamento se extingue, atualmente, sem qualquer motivação especial, por singelo requerimento formulado pelas partes em Cartório. De outra parte, é possível a *modificação do regime de casamento* adotado originalmente, a critério dos cônjuges, mediante expedito procedimento judicial. Aquilo que no passado se presumia para todo sempre, hoje se altera ou se extingue com extrema facilidade.

Forçoso reconhecer, ainda, os recentes avanços

---

<sup>23</sup> Atualmente, os mais tradicionais clubes sociais brasileiros aceitam uma simples declaração pública de convivência marital como forma de conferir, ao convivente, as mesmas condições associativas garantidas ao cônjuge proprietário do título associativo.

alcançados pelas mulheres no que toca a *igualdade de gêneros*, o que lhes possibilita melhor “contratar” as condições da vida em comum, desde o namoro (v. os chamados “contratos de namoro”) até o eventual divórcio. Não se pode esquecer que, em um passado não muito remoto, eram comuns no Brasil os chamados “casamentos arranjados”, com o objetivo de preservar o patrimônio dentro da mesma família ou entre troncos familiares<sup>24</sup>. Neles, a vontade dos cônjuges e, em especial, da mulher, praticamente não era levada em consideração.

A existência de *normas de ordem pública* informando o casamento também não permite afastá-lo da natureza contratual. Pelo contrário; esta é uma *tendência* que também atinge os contratos.

Como se sabe, a realidade europeia do início do século XIX, expondo as mazelas e conflitos decorrentes da contraposição dos interesses privados e públicos, ocasionou, já na segunda metade desse mesmo século, uma reação socialista, caracterizada pelo chamado “intervencionismo estatal”. Com o advento do comunismo, na Rússia, e da Constituição de *Weimer*, na Alemanha, surgiram as primeiras limitações ao direito de contratar e à liberdade contratual, de modo que, muito embora a prevalência da vontade individual tenha sido mantida como regra (v.g. a possibilidade de criação dos mais variados tipos contratuais), pouco a pouco o legislador restringiu o conteúdo da autonomia privada e ampliou o de ordem pública<sup>25</sup>. Os contratos deixaram de pressupor a igualdade formal das partes, para servirem de instrumento na busca pela *equivalência material de suas prestações*.

---

<sup>24</sup> Segundo a historiadora Mariana MUAZE: “foi recorrente até o final do século XIX o recurso de se constituir matrimônio dentro da mesma família ou entre troncos familiares com negócios em comum com o objetivo de não deixar a riqueza se dissipar” (*As memórias da viscondessa: família e poder no Brasil Império* – Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008, p. 18).

<sup>25</sup> WALD, Arnaldo. *Um novo direito para a nova economia: a evolução dos contratos e o código civil in* O Direito Civil no Século XXI, Coordenação de Maria Helena Diniz e Roberto Senise Lisboa, São Paulo, Editora Saraiva, 2003, p. 83-4.

A esse moderno movimento intervencionista jurisdicional e legiferante, Josserand denominou de “publicização do contrato”. Entre nós, esta tendência notabilizou-se pela expressão “dirigismo contratual”, responsável imediato pela expansão das normas de ordem pública, postas à proteção dos polos economicamente mais frágeis (o empregado, o inquilino, o consumidor etc.).

Com o propósito de, a um só tempo, garantir a liberdade de atuação do particular, sem esquecer do papel do Estado - na qualidade de distribuidor e garantidor do bem-estar social (*welfare state*) -, o atual contexto axiológico no qual se insere o Código Civil brasileiro, a partir da Constituição Federal de 1988, alterou substancialmente o tradicional sentido atribuído à teoria contratual. Embora ainda prestigiados pelo sistema, o fato é que os *princípios fundamentais clássicos* do regime contratual (*autonomia privada, consensualismo e força obrigatória*) encontram-se, hoje, acompanhados de outros princípios de forte conteúdo ético e social, dentre os quais a *boa-fé objetiva*; a *função social dos contratos*; e a *equivalência material dos contratos*.

Paradoxalmente, portanto, enquanto o Estado e a própria sociedade vêm reconhecendo uma maior capacidade e autonomia dos cônjuges para regularem a convivência marital segundo os seus particulares interesses, a moderna teoria contratual tem evidenciado, cada vez mais, a importância da ética e da solidariedade como princípios norteadores da relação havida entre os contratantes, de modo que não é demais afirmar que ambos, casamento e contrato, nunca estiveram tão afinados em seus fundamentos e propósitos.

Enfim, seja pela absoluta identidade quanto aos elementos necessários à sua constituição, seja pela proximidade cada vez maior das suas características com aquelas presentes nos contratos tradicionais, seja pela ausência de argumento jurídico-científico suficiente a negar tal conclusão, não há dúvida que a instituição social do casamento, ao menos no Brasil, se

consustancia, sim, em um contrato.

Evidentemente, não se trata de um contrato ordinário, de conteúdo predominantemente econômico. Ao revés, cuida-se do mais relevante contrato de direito de família, em face do qual não se deve aplicar tudo aquilo que, de alguma forma, atinja os ditames constitucionais, legais e os princípios atinentes a esse especial ramo do direito. Com estas importantíssimas ressalvas, no entanto, o casamento como um contrato deve ser interpretado.

## 5. CONCLUSÕES

(i) A natureza jurídica de um determinado fenômeno social é o resultado de um processo de conhecimento científico que se inicia com a identificação dos elementos fundamentais do objeto estudado, para o fim de, mediante análise lógico-comparativa, bem posicioná-lo junto aos demais fenômenos jurídicos a ele correlatos (classificação).

(ii) Há grande importância prática na identificação da natureza jurídica de um fenômeno social, pois conhecer a natureza jurídica de um determinado fenômeno jurídico pode influir diretamente na correta aplicação do próprio Direito.

(iii) No Brasil, a controvérsia acerca da natureza jurídica do casamento contrapõe três diferentes visões: a) os contratualistas; b) os institucionalistas e os c) ecléticos.

(iv) Aqueles que enxergam o casamento como uma “instituição social”, caracterizam-no como uma situação jurídica, recheada de regras imperativas preestabelecidas pelo legislador, com vistas a dar à família uma organização social moral correspondente às aspirações atuais e à natureza permanente do homem.

(v) Para grande parte da doutrina nacional, o casamento é um “contrato”, tendo em vista a indispensável declaração convergente de vontades livremente manifestadas e tendentes à obtenção de finalidades jurídicas.

(vi) Uma terceira orientação conhecida como teoria mista ou eclética considera o casamento um negócio jurídico bilateral *sui generis*, especial: contrato, na formação; instituição, no conteúdo.

(vii) Se instituições sociais são estruturas ou mecanismos de ordem social, que regulam o comportamento de um conjunto de indivíduos dentro de uma determinada comunidade, não há dúvida que o casamento nesta definição se inclui.

(viii) Não há como negar tratarem-se, os contratos, de um outro clássico exemplo de instituição social. Afinal, é por intermédio dos contratos que se regula boa parte das relações jurídicas cotidianas estabelecidas entre as pessoas naturais e jurídicas, conferindo-lhes a ordem, a segurança e a exequibilidade necessárias.

(ix) Sejam adeptos da corrente institucionalista, sejam sectários da corrente contratualista ou defensores da corrente mista, a verdade é que não se pode deixar de reconhecer que o casamento pertence ao gênero instituição social.

(x) Há uma impropriedade técnica na discussão levada a efeito pela doutrina nacional acerca da natureza jurídica dos contratos. Ao se contraporem, institucionalistas e contratualistas se encontram, na realidade, em patamares de classificação científica distintos. Os primeiros em patamar “superior” - mais genérico - que os segundos.

(xi) A verdadeira controvérsia está em patamar “inferior”; mais especificamente, no âmbito dos negócios jurídicos. E lá estando, resta a pergunta: seria a instituição social casamento um contrato?

(xii) Ao se casarem, os cônjuges declaram, individualmente, o desejo mútuo de contrair matrimônio, de modo a que, dentre outros objetivos, a relação jurídica ali estabelecida, em seus aspectos patrimoniais e extrapatrimoniais, seja constituída e disciplinada nos termos da lei, com o fim de adquirir, resguardar, transferir, modificar ou extinguir uma série de direitos.



Nesse sentido, pois, em nada se distingue, o casamento, de qualquer outra espécie contratual.

(xiii) Se o forte conteúdo ético e moral do casamento, assim como as peculiaridades em sua constituição, modo de ser, efeitos e duração serviram de justificativa relevante para quem advogava o seu afastamento do universo contratual, a verdade é que, ao longo do tempo, tais argumentos perderam substância, ante às incontestáveis transformações que a sociedade brasileira experimentou e vem experimentando, a propósito, nos dias atuais.

(xiv) De há muito o casamento vem passando por uma verdadeira ressignificação no Brasil. Embora preservando sensível conteúdo ético e moral, a sua existência, manutenção ou término não mais impactam moralmente a vida dos consortes e, em especial, das mulheres, com a intensidade que antes impactavam.

(xv) Se o chamado “estado de casado” não desapareceu, o fato é que, hoje, os efeitos sociais dele decorrentes não diferem muito (para não dizer em nada) daqueles alcançados por quem, simplesmente, declara a sua convivência marital, por intermédio de um “contrato de convivência”.

(xvi) Sobre a excepcional formalidade exigida à constituição do casamento, o advento da união estável e o reconhecimento recente da união homoafetiva, pelo Supremo Tribunal Federal, sinalizam uma posição clara, do Estado nacional, em direção à relativização das formas de constituição da entidade familiar, objetivo maior do próprio matrimônio.

(xvii) Diferentemente do que ocorria em um passado relativamente recente, o casamento se extingue, atualmente, sem qualquer motivação especial, por singelo requerimento formulado pelas partes em Cartório. De outra parte, modifica-se o regime de casamento adotado originalmente, a critério dos cônjuges, mediante expedito procedimento judicial. Aquilo que no passado se presumia para todo sempre, hoje se altera ou se

extingue com extrema facilidade.

(xviii) Forçoso reconhecer os recentes avanços alcançados pelas mulheres no que toca a igualdade de gêneros, o que lhes possibilita melhor “contratar” as condições da vida em comum, desde o namoro até o eventual divórcio.

(xix) A existência de normas de ordem pública informando o casamento também não permite afastá-lo da natureza contratual. Pelo contrário; esta é uma tendência que também atinge os contratos.

(xx) No Brasil, notabilizou-se a expressão “dirigismo contratual”, a traduzir a expansão das normas de ordem pública no âmbito contratual, postas à proteção dos polos economicamente mais frágeis (o empregado, o inquilino, o consumidor etc.).

(xxi) Com o propósito de, a um só tempo, garantir a liberdade de atuação do particular, sem esquecer do papel do Estado, o atual contexto axiológico no qual se insere o Código Civil brasileiro, a partir da Constituição Federal de 1988, alterou substancialmente o tradicional sentido atribuído à teoria contratual.

(xxii) Embora ainda prestigiados pelo sistema, os princípios fundamentais clássicos do regime contratual (autonomia privada, consensualismo e força obrigatória) encontram-se, hoje, acompanhados de outros princípios de forte conteúdo ético e social, dentre os quais a boa-fé objetiva; a função social dos contratos; e a equivalência material dos contratos.

(xxiii) Paradoxalmente, enquanto o Estado e a própria sociedade vêm reconhecendo uma maior capacidade e autonomia dos cônjuges para regularem a convivência marital segundo os seus particulares interesses, a moderna teoria contratual tem evidenciado, cada vez mais, a importância da ética e da socialidade como princípios norteadores da relação havida entre os contratantes, de modo que não é demais afirmar que ambos, casamento e contrato, nunca estiveram tão afinados em seus

fundamentos e propósitos.

(xxiv) Seja pela absoluta identidade quanto aos elementos necessários à sua constituição, seja pela proximidade cada vez maior das suas características com aquelas presentes nos contratos tradicionais, seja pela ausência de argumento jurídico-científico suficiente a negar tal conclusão, não há dúvida que a instituição social do casamento, ao menos no Brasil, se consubstancia, sim, em um contrato.

(xxv) Evidentemente, o casamento não é um contrato ordinário. Ao revés, cuida-se do mais relevante contrato de direito de família, em face do qual não se deve aplicar tudo aquilo que, de alguma forma, atinja os ditames constitucionais, legais e os princípios atinentes a esse especial ramo do direito. Com estas importantíssimas ressalvas, no entanto, o casamento como um contrato deve ser interpretado.



## 6. BIBLIOGRAFIA

- ABREU FILHO, José. O negócio jurídico e sua teoria geral. 4ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 1997.
- CHINELATO, Silmara Juny de Abreu. Direito Patrimonial de família: do regime de bens entre cônjuges. *In* Princípios do novo Código Civil brasileiro e outros temas. Quartier Latin do Brasil: São Paulo. 2008.
- DIAS, Maria Berenice, Manual de Direito das Famílias, 12ª. ed. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2017.
- DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro. Vol. 5. 31ª ed. Saraiva: São Paulo, 2017.
- GOMES, Orlando. Direito de Família. 10ª.ed. Forense: Rio de Janeiro.1998.
- MOREIRA ALVES, José Carlos. Os efeitos da boa-fé no

casamento nulo, segundo o Direito Romano, Rio de Janeiro, 1959.

- 
- A natureza jurídica do casamento romano no direito clássico, Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 90, 3-47. Recuperado de <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67287>.
- MOTTA, Carlos Dias. Direito Matrimonial e seus princípios jurídicos. 2<sup>a</sup>.ed. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2009.
- MUAZE, Mariana. As memórias da viscondessa: família e poder no Brasil Império. – Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008.
- SILVA PEREIRA, Caio Mário da. Instituições de Direito Civil. Vol V. 26<sup>a</sup>.ed. Forense: Rio de Janeiro, 2018.
- TURNER, Jonathan, *The Institutional Order*, New York: Longman, 1997.
- WALD, Arnoldo. *Um novo direito para a nova economia: a evolução dos contratos e o código civil*, in O Direito Civil no Século XXI, Coordenação de Maria Helena Diniz e Roberto Senise Lisboa. Editora Saraiva: São Paulo, 2003.